



Université de Montréal

# **La libéralisation des marchés publics entre le Canada et l'Union européenne à l'aune de l'A.E.C.G.**

par Laplanche Pablo

Faculté des études supérieures

Faculté de droit

Mémoire présenté

en vue de l'obtention du grade de Maîtrise

en Droit international

Option Générale

Décembre 2016

© Laplanche, 2016

## Résumé

Le secteur des marchés publics a longtemps été exclu du système commercial multilatéral mis en place au sortir de la seconde guerre mondiale. D'abord lorgné par le G.A.T.T. de 1947, il faut attendre les années 70 pour voir l'ébauche d'une première réglementation des marchés publics. La naissance de l'O.M.C. en 1994 marque en même temps la mise en place de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics. Les échecs successifs des initiatives multilatérales laissent présager un cadre futur plurilatéral.

Les révisions de l'A.M.P. et l'accroissement du nombre des Parties favorisent une ouverture accrue du secteur des marchés publics sur la scène internationale. Toutefois, la libéralisation du secteur n'est pas complète. L'A.M.P. souffre d'un certain nombre de limites, de leur côté les États recourent à de nombreuses pratiques restrictives et discriminatoires qui constituent des obstacles à une ouverture accrue du secteur entre les Parties.

En parallèle, les États négocient et concluent de nombreux accords commerciaux régionaux qui intègrent des dispositions relatives aux marchés publics. Certains d'entre eux, à l'image de l'A.E.C.G. Canada-Union européenne, incluent un chapitre entier sur les marchés publics et des listes d'engagements qui précisent l'offre d'accès à leur marché.

Au regard des engagements consentis par le Canada et l'U.E. au sein de l'A.M.P., on observe une libéralisation du secteur des marchés publics à l'aune de l'A.E.C.G. Cette ouverture se traduit par un accroissement du nombre d'entités assujetties, l'inclusion de nouveaux secteurs et la réduction de valeurs de seuil pour certains marchés couverts par l'Accord.

De manière plus spécifique, l'A.E.C.G. libéralise le secteur du matériel du transport ferroviaire urbain entre le Canada et l'Union européenne. L'affaire de l'octroi du contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal au Consortium formé de Bombardier et d'Alstom Canada permet d'illustrer cette évolution.

**Mots-clés :** A.E.C.G., A.M.P., Marchés publics, Canada, Union européenne, Libéralisation, Transport ferroviaire urbain

# **Abstract**

The government procurement sector has long been excluded from the multilateral trade system which was established at the end of the Second World War. Initially explored by G.A.T.T. in 1947, it wasn't until the 1970s that a draft of the first regulation of government procurement was crafted. The creation of the plurilateral Agreement on Government Procurement (G.P.A.) in 1994 corresponded with the establishment of the W.T.O. The successive failures of multilateral initiatives indicate the likelihood of a future plurilateral framework.

The revisions of the G.P.A. and the proliferation of stakeholders suggests an increasing openness to the government procurement sector on the international stage. However, the liberalization of the sector is not yet complete. The G.P.A. currently suffers from a number of limitations. For example, the states retain numerous restrictive and discriminatory practices which represent obstacles to increasing openness between stakeholders within the sector.

At the same time, the states negotiate and close myriad regional trade agreements (R.T.A.) which incorporate provisions pertaining to government procurement. Some of these, modelled on the Canadian-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (C.E.T.A.) include an entire chapter dedicated to government procurement, as well as detailed commitment schedules which specify their market access offer.

Considering the commitments made by Canada and the E.U. contained in the G.P.A., there has been an observable liberalization of the government procurement sector in light of C.E.T.A. This openness translates into a growing number of reporting entities, the inclusion of new sectors, and the reduction of threshold values for certain markets covered under the Agreement.

More specifically, C.E.T.A. is liberalizing the materials sector for urban rail transport between Canada and the E.U. The case is granting the contract for the acquisition of Montreal metro cars in the consortium comprised of Bombardier and Alstom Canada serves to illustrate this point.

**Keywords:** CETA, GPA, Public procurement, Canada, European Union, Liberalization,  
Urban rail transport

# Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	ii
Table des matières.....	iv
Liste des sigles .....	vi
Liste des abréviations.....	ix
Remerciements.....	xi
Introduction.....	1
Chapitre 1 : Règlementation plurilatérale et libéralisation des marchés publics .....	13
Section 1 : Une ouverture progressive des marchés publics.....	13
Paragraphe 1 : Évolution du cadre de la réglementation .....	13
Paragraphe 2 : Révisions et perspectives .....	20
Section 2 : Cadre plurilatéral et libéralisation partielle .....	28
Paragraphe 1 : Les limites du cadre de l’A.M.P. ....	28
Paragraphe 2 : Un cadre bilatéral complémentaire .....	45
Chapitre 2 : La libéralisation des marchés publics à l’aune de l’A.E.C.G. ....	57
Section 1 : Des engagements accrus au regard de l’A.M.P. ....	63
Paragraphe 1 : Un accroissement du nombre d’entités assujetties .....	63
Paragraphe 2 : Une ouverture constante des secteurs d’activité .....	73

Paragraphe 3 : Une réduction des valeurs de seuil .....	74
Section 2 : L'ouverture des marchés de transport ferroviaire urbain.....	76
Paragraphe 1 : La procédure d'octroi du contrat .....	77
Paragraphe 2 : Analyse de la procédure.....	83
Conclusion .....	i
Bibliographie.....	iii



## Liste des sigles

AA : Accords d'association

ACP'r : Accords commerciaux préférentiels régionaux

ACR : Accords commerciaux régionaux (*RTA* en anglais)

ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

AGCS : Accord général sur le commerce des services (*GATS* en anglais)

AGETAC : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*GATT* en anglais)

AI : Accord intérimaire pour le commerce et les mesures d'accompagnement

AID : Agence internationale pour le développement

AIT : Agreement on Internal Trade

ALADI : Association latino-américaine d'intégration

ALALE : Association latino-américaine de libre-échange

ALENA : Accord de libre-échange nord-américain (*NAFTA* en anglais)

ALE : Accord de libre-échange (*FTA* en anglais)

ALECC : Accord de libre-échange Canada-Chili ou Accord de libre-échange Canada-Corée du Sud

ALECP : Accord de libre-échange Canada-Pérou

AMP : Accord sur les marchés publics (*GPA* en anglais)

ANASE : Association des nations de l'Asie du sud-est (*ASEAN* en anglais)

APC : Accord de partenariat de coopération

APE : Accord de partenariat économique

ARRA: American Recovery and Reinvestment Act

ARCI : Accord de Renforcement du Commerce et de l'Investissement

ASA : Accord de stabilisation et d'association

BIRD : Banque internationale pour la reconstruction et le développement

CEE : Communauté économique européenne

CEPI : Centre d'études prospectives et d'informations internationales

DTS : Droits de tirage spéciaux

EUR : Euro

IREC : Institut de recherche en économie contemporaine

JO: Journal officiel

LAFTA: Latin American Free Trade Association

METI: Ministry of Economy, Trade, and Industry (Japan)

NPF: Clause de la nation la plus favorisée (*MFN Treatment* en anglais)

OCDE : Organisation de Coopération et de développement économique (*OECD* en anglais)

OIC : Organisation Internationale du Commerce

OMC : Organisation mondiale du commerce (*WTO* en anglais)

ORD : Organe de Règlement des différends

PERG : Partenariat économique régional global

PIB : Produit intérieur brut

PTA : Partenariat Transatlantique

PTCI : Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement

PTP : Partenariat Transpacifique

RER : Réseau express régional

RTC : Recueil des Traités du Canada

RTNU : Recueil des Traités des Nations-Unies

SCN : Système de comptabilité nationale (*SNA* en anglais)

SNCF : Société nationale des Chemins de fer Français

STM : Société des transports de Montréal

TCCE : Tribunal Canadien du Commerce Extérieur (*CITT* en anglais)

UE : Union européenne

\$: dollar américain

\$CAN: dollar canadien

## Liste des abréviations

A B A J: American Bar Association Journal

Annu Fr Droit Int : Annuaire français de droit international

Geo J Int'l L: Georgetown Journal of International Law

Harv Int'l LJ: Harvard International Law Journal

Intl Comp L Q: International and Comparative Law Quartely

J Intl Econ L: Journal of International Economic Law

J. Transnatl Dispute Manag: Journal of Transnational Dispute Management

J World Trade: Journal of World Trade

L Q Rev: Law Quartely Review

Pub Cont LJ: Public Contract Law Journal

Pub Proc L Rev: Public Procurement Law Review

RD McGill : Revue de droit de McGill

Rev OCDE Sur Gest Budg: Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire

Rev Interv Economiques : Revue Interventions Economiques

Rev Polt étrangère : Revue Politique étrangère

RQDI : Revue québécoise de droit international

U Pa J Intl L: University of Pennsylvania Journal of International Law

« »

## Remerciements

Mes remerciements vont à M. Prince pour son soutien, ses conseils et ses relectures, le personnel du service de référence de la Bibliothèque de droit pour leur disponibilité, Cannelle et Anika pour le résumé en anglais.

# Introduction

L'histoire du commerce international entre les États a oscillé entre des périodes de protectionnisme et de libre-échange. Le mouvement de libéralisation des échanges internationaux a été impulsé à partir des années 1860 par la prolifération des traités commerciaux bilatéraux (notamment à partir du Traité Cobden-Chevalier<sup>1</sup>) jusqu'à la première guerre mondiale<sup>2</sup>. De son côté, la période d'entre-deux guerre marque un repli massif du commerce mondial<sup>3</sup>.

Jusqu'à la seconde guerre mondiale, les relations commerciales entre les États sont « constitué[es] de tout un réseau d'accords bilatéraux »<sup>4</sup>.

Mais cette approche des relations commerciales finit par être remise en cause. En effet, une prise de conscience fait état de l'absence d'automaticité entre le développement des accords bilatéraux et la libéralisation des échanges commerciaux<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> France et Grande-Bretagne, *Traité de commerce*, (1860) De Clercq t VIII 1-7, en ligne : T. VIII <[http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/exl-php/cadcgp.php?CMD=CHERCHE&QUERY=1&MODELE=vues/mae\\_internet\\_\\_\\_traites/home.html&VUE=mae\\_internet\\_\\_\\_traites&NOM=cadic\\_\\_anonyme&FROM\\_LOGIN=1](http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/exl-php/cadcgp.php?CMD=CHERCHE&QUERY=1&MODELE=vues/mae_internet___traites/home.html&VUE=mae_internet___traites&NOM=cadic__anonyme&FROM_LOGIN=1)>. Le Traité Franco-britannique a fait boule de neige avec la signature de pas moins de 120 traités conclus sur son modèle entre 1860 et 1870.

<sup>2</sup> André Sapir, « Le régionalisme et la nouvelle théorie du commerce international sonnent-ils le glas du GATT ? » [1993] 2 *Polit Étrangère* 277-293 à la p 279. En réalité, il apparaît que la première mondialisation remonte avant les années 1860, avec l'instauration d'un climat de paix qui s'installe en Europe à partir du Congrès de Vienne. Michel Fouquin et Jules Hugot, « La régionalisation, moteur de la mondialisation » (2016) 365 *Lett CEPII* 4.

<sup>3</sup> Michel Fouquin et Jules Hugot, *supra* note 2.

<sup>4</sup> Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique - 5e éd.: Précis*, 5e édition, Paris, Dalloz, 2013 à la p 119. Ces accords contiennent une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée, autrement dit, un privilège commercial attribué à l'un est attribué automatiquement à un pays tiers. Voir André Sapir, *supra* note 2 à la p 278.

<sup>5</sup> En effet, l'approche bilatérale est accusée de constituer un facteur de discrimination entre les partenaires et même d'avoir été utilisée à des fins de restriction des échanges pendant la période d'entre-deux guerres.

Dans le même temps, les Etats-Unis<sup>6</sup> et l'Angleterre, en tête, souhaitent « établir les bases d'une politique commerciale internationale plus libérale »<sup>7</sup>. Par-là, il s'agit de réorganiser les négociations commerciales autour des « notions d'égalité de traitement et d'avantages mutuels entre les nations dans une optique de libération des transactions »<sup>8</sup>. Il s'agit là des prémices formulées en faveur d'une vision multilatérale en vue de régir les relations commerciales internationales.

Malgré l'échec de la Charte de la Havane<sup>9</sup>, un cadre commercial multilatéral voit le jour avec l'avènement de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce en 1947<sup>10</sup>. La loi fondamentale du G.A.T.T. de 1947 repose sur le principe de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée<sup>11</sup> et vise une « réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international »<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Plus précisément, la proposition américaine envisageait l'autorisation de préférences « qu'entre les territoires faisant partie d'une union douanière et qui avaient accepté des engagements provisoires qui allaient conduire à une union douanière ». Voir Rapport sur le commerce mondial 2011, *Le système commercial multilatéral et les accords commerciaux préférentiels* à la p 20.

<sup>7</sup> Georges Fischer, « Accord instituant l'Organisation » (1955) 1 Annu Fr Droit Int 406-423 à la p 407.

<sup>8</sup> Carreau et Juillard, *supra* note 4 à la p 83.

<sup>9</sup> La Charte de la Havane, adoptée le 24 mars 1948, n'est jamais entrée en vigueur suite à l'opposition de la majorité des États signataires dont les États-Unis.

<sup>10</sup> *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187, [GATT de 1947]. De manière générale, cet Accord entre les grandes puissances commerciales mondiales de l'époque entend mettre en place un cadre qui favorise l'abaissement des barrières à l'échange et résoudre les conflits commerciaux. Voir Joseph E Stiglitz, Carl E Walsh et Jean-Dominique Lafay, *Principes d'économie moderne*, De Boeck Université, Bruxelles, 2007 à la p 863.

<sup>11</sup> Patrick A Messerlin, « Le rôle du GATT et les enjeux de l'Uruguay Round » [1993] 2 Polit Étrangère 255-276 à la p 257. En vertu du principe de la nation la plus favorisée, chaque Partie est tenue d'accorder à l'ensemble des autres Parties, tout avantage qu'elle accorde à une autre Partie et ce de manière inconditionnelle.

<sup>12</sup> Voir le Préambule du [GATT de 1947]. Pour les États-Unis, le mécanisme du G.A.T.T. de 1947 est un moyen de promouvoir le libre-échange au niveau multilatéral.



Les années 1950 marquent la naissance de la première intégration régionale<sup>13</sup> avec la Communauté économique européenne formée en 1957<sup>14</sup> et les années 1960 voient la première vague régionale fleurir avec l'Association latino-américaine de libre-échange (A.L.A.L.E.)<sup>15</sup>, ou encore l'Association des nations de l'Asie du sud-est (A.N.A.S.E.)<sup>16</sup>.

L'objectif de cette première génération d'accord visait à « créer de grands espaces économiques intégrés, orientés vers des objectifs de solidarité et de développement conjoint et encadrés par des institutions de type communautaire »<sup>17</sup>

Il reste qu'une série de récessions économiques au cours des années 1970-1980 va conduire les Etats occidentaux à négocier des accords commerciaux préférentiels régionaux (A.C.R.) avec leurs partenaires économiques<sup>18</sup> et à développer de nouveaux systèmes d'intégration régionale<sup>19</sup> dans le but de compléter le système multilatéral du G.A.T.T. de 1947.

Ainsi, la deuxième génération de régionalisme économique voit le jour en 1994 avec l'Accord de libre-échange nord-américain (A.L.E.N.A.)<sup>20</sup>. Comme l'écrivent C. Deblock et D. Dagenais :

---

<sup>13</sup> Sungjoon Cho, « Breaking the Barrier between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism » (2001) 42:2 Harv Int'l L J 419-466 à la p 9.

<sup>14</sup> *Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE)*, 25 mars 1957. Ce Traité élimine l'ensemble des barrières douanières à l'intérieur de l'Europe.

<sup>15</sup> L'A.L.A.L.E. est une intégration régionale créée le 18 février 1860, remplacée le 12 août 1980 par l'A.L.A.D.I.

<sup>16</sup> Il s'agit d'une communauté économique régionale créée le 8 août 1967 qui regroupe 10 États.

<sup>17</sup> Christian Deblock et David Dagenais, « De l'intégration à l'interconnexion : Le Partenariat transpacifique » (2016) 55 Rev Interv Économiques à la p 15.

<sup>18</sup> Ces Accords commerciaux régionaux se sont multipliés à grande échelle : leur nombre s'établissait à 170 en 2007, et à 300 en 2011. Rapport sur le commerce mondial 2011, *supra* note 6 à la p 24.

<sup>19</sup> Pierre Jacquet, « Présentation du dossier : Objectif GATT » [1993] 2 Polit Étrangère 247-254 à la p 251.

<sup>20</sup> *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n°2 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994). Cet Accord est caractérisé par l'association de pays de taille et de niveau de développement différents, par un nouveau cadre institutionnel (Commission ministérielle, secrétariat administratif et un mécanisme juridique de

*« Orienté autant vers « l'insertion compétitive » dans l'économie mondiale que vers « l'intégration en profondeur » des « économies concernées », ce régionalisme, moins géographique qu'institutionnel d'ailleurs repose sur des institutions de type contractuel et engage les parties dans de nouveaux domaines de négociation, dont les services, l'investissement et la propriété intellectuelle »<sup>21</sup>.*

De son côté, le G.A.T.T. sera finalement remplacé, après huit cycles de négociation commerciale multilatérale<sup>22</sup>, par l'Organisation mondiale du commerce<sup>23</sup>. Celle-ci met fin au système du « G.A.T.T. à la carte » et instaure un « système multilatéral intégré »<sup>24</sup> qui se veut unitaire<sup>25</sup>.

En effet, les Etats membres sont tenus d'accepter le volet sur le commerce des marchandises<sup>26</sup>, renforcé sous le nom de « G.A.T.T. 1994 », celui sur le commerce des services avec l'Accord général sur le commerce des services<sup>27</sup>, enfin celui portant sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce<sup>28</sup>.

---

règlement des différends) ainsi que par une pratique concurrentielle des affaires. Voir Christian Deblock et David Dagenais, *supra* note 17 à la p 16.

<sup>21</sup> Christian Deblock et David Dagenais, *supra* note 17 à la p 15.

<sup>22</sup> Dans l'ordre, Genève (1948), Annecy (1949), Torquay (1951), Genève (1956), Cycle de Dillon (1962), Cycle de Kennedy (1967), Cycle de Tokyo (1979) et le Cycle d'Uruguay (1986-1993) dont est issu l'O.M.C.

<sup>23</sup> *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Accord instituant l'OMC*]

<sup>24</sup> Voir le Préambule de l'*Accord instituant l'OMC*, *supra* note 7.

<sup>25</sup> Yves Nouvel fait référence à une triple unité pour caractériser le système de l'O.M.C. : unités formelle, fonctionnelle et matérielle. Voir Yves Nouvel, « L'unité du système commercial multilatéral » (2000) 46 *Annu Fr Droit Int* 654-670 à la p 655.

<sup>26</sup> *Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 RTNU 410, avril 1994.

<sup>27</sup> *Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1869 RTNU 219, avril 1994 [*Accord général sur le commerce des services*].

<sup>28</sup> *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1869 RTNU 332, avril 1994.

Selon cette approche, l'objectif de libéralisation des échanges entre les Etats s'opère sur la base de « conditions égales pour tous les participants et sur la base d'avantages mutuels »<sup>29</sup>. De fait, les Etats sont tenus de respecter la clause de la nation la plus favorisée, le principe du traitement national et le principe de transparence<sup>30</sup>.

Les accords commerciaux se sont multipliés à grande échelle ces dernières années<sup>31</sup>. Les raisons qui tiennent à leur développement sont multiples. Le plus souvent ces accords sont ratifiés entre des partenaires économiques qui partagent un certain nombre de considérations géostratégiques et qui ont des intérêts politiques et des valeurs en commun. Dans ce cadre, la conclusion de tels accords s'opère plus rapidement entre les Parties qu'au niveau multilatéral<sup>32</sup>.

Leur succès peut également être attribué à la volonté de certaines Parties de renforcer leur coopération dans des domaines où le consensus est rendu plus difficile entre les Parties au sein de l'O.M.C. (investissement, norme de travail, environnement...)<sup>33</sup>.

A partir des années 2000, une réflexion est mise en place en matière d'intégration avec l'émergence de modèles institutionnels de type partenariaux<sup>34</sup> comme le Partenariat

---

<sup>29</sup> « Marchés publics - L'Accord sur les marchés publics », en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gp\\_gpa\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm)>.

<sup>30</sup> Julien Burda, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral » 2005 18 RQDI No 2 1 - 37, en ligne : (2005) 18 R.Q.D.I. no 2, 1 - 37 <<http://www.sqdi.org/fr/lefficacite-du-mecanisme-de-reglement-des-differends-de-lomc-vers-une-meilleure-previsibilite-du-systeme-commercial-multilateral/>>.

<sup>31</sup> Pascal Lamy, *Multilateral and bilateral trade agreements: friends or foes?* Columbia University, New-York, Annual Memorial Silver Lecture, 31 octobre 2006, en ligne : <[https://www.wto.org/english/news\\_e/sppl\\_e/sppl46\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl46_e.htm)>.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> William E Kosar, « Public trade law » dans *International business and trade law as applied and interpreted in Canada: cases and materials*, Toronto, Thomson Carswell, 2005.

<sup>34</sup> Christian Deblock et David Dagenais, *supra* note 17 à la p 1. Ces Partenariats d'interconnexion engagent les Parties dans un processus de négociations à deux niveaux : le commerce et l'investissement afin d'aboutir à un

Transpacifique (P.T.P.), le Partenariat économique régional global (P.E.R.G.) ou encore le Partenariat Transatlantique (P.T.A.)<sup>35</sup>.

Le secteur des marchés publics a longtemps été en dehors du cadre des négociations commerciales menées au niveau multilatéral<sup>36</sup>. Il faut attendre le Cycle de Tokyo (1973-1979) pour voir l'ébauche d'une première réglementation des marchés publics, avec le Code sur les marchés publics en 1979<sup>37</sup>, et la naissance de l'O.M.C. en 1994<sup>38</sup> pour que soit adopté un Accord plurilatéral sur les marchés publics<sup>39</sup>.

L'émergence de ces institutions avec la mise en place d'un corps de règles vont intégrer les marchés publics comme une part essentielle de l'initiative globale dans l'élaboration d'un nouvel ordre économique mondial<sup>40</sup>.

Plusieurs raisons expliquent la lente prise en considération du secteur des marchés publics sur la scène internationale. Elles tiennent du fait, tout d'abord, que des efforts ont été accomplis principalement en vue de réduire les barrières tarifaires notamment sur les restrictions

---

accord commercial global, et l'harmonisation réglementaire afin d'aboutir à la mise en place de mécanismes de reconnaissance mutuelle.

<sup>35</sup> Il se peut que de tels accords ne voient jamais le jour et que la période de mondialisation qui a débuté après 1945 touche à sa fin. Voir

<sup>36</sup> L'objet d'étude du présent mémoire ne vise que les marchés publics tels que définis à l'A.M.P. ou par certains A.C.R., et non l'ensemble des contrats de la commande publique dont sont issus les contrats de délégation de service public ou encore les contrats de partenariat public-privé.

<sup>37</sup> *Accord relatif aux marchés publics*, 1235 RTNU 259, avril 1979 [Code des marchés publics].

<sup>38</sup> *Accord instituant l'OMC*, *supra* note 12.

<sup>39</sup> *Accord sur les marchés publics*, 1915 RTNU 104 (annexe 4b) de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 1867 RTNU 3), ann 1.

<sup>40</sup> Roberto Hernandez Garcia, dir, *International Public Procurement: A Guide to Best Practice*, London, Globe Law And Business, 2009 à la p 7 et s.

quantitatives et les quotas, jugés prioritaires en raison de leurs effets sur l'efficiencia du commerce international<sup>41</sup>.

Ensuite, régir le secteur des marchés publics sur la scène internationale est un défi en soi. Ce secteur d'activité implique de gérer un équilibre parfois délicat entre les intérêts du secteur public avec ceux du secteur privé.

Il reste que l'État, en qualité de régulateur de la vie économique, est amené à passer des marchés publics en vue de répondre à ses besoins dans divers domaines comme en matière d'éducation, de santé, de transports, de communication, d'électricité, ou encore de justice et de sécurité<sup>42</sup>. Les marchés publics sont donc un outil de politique publique important pour l'État en ce qu'il agit comme moteur de la croissance économique.

Les périodes de crise économique n'affectent pas l'importance de ce secteur d'activité. Au contraire, les marchés publics constituent un facteur de croissance indéniable, comme le démontre la demande croissante des investissements publics et les marchés de travaux et de fournitures dans les économies développées et émergentes<sup>43</sup> comme en Chine et en Inde en matière d'infrastructure<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Sue Arrowsmith, « Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement », *International and Comparative Law Quarterly*, éd 47 (1998) 793-816 à la p 793.

<sup>42</sup> Ibrahim Elbeherly, *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*, Sciences humaines et sociales, Nice Sophia-Antipolis, 2004 à la p 44, en ligne : <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00412538/document>>.

<sup>43</sup> Comité économique et social européen, *Avis sur la « Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers »*, 27 avril 2016 à la p 4.

<sup>44</sup> A titre d'exemple, le secteur des marchés publics en Inde représente 39% du P.I.B. De son côté, la Chine a adopté un plan de relance budgétaire de \$586 milliards et a mis en place des politiques « Buy Chinese » en matière de projets d'investissement public et d'infrastructure. Voir Ping Wang, « Accession to the Agreement on Government Procurement: the case of China » dans *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011, 92-116 à la p 102.

A ce titre, le secteur des marchés publics représente une part importante de l'activité dans les économies nationales<sup>45</sup>. Ce secteur représente en moyenne entre 15 et 20% du P.I.B. des États<sup>46</sup>. Plus précisément, en 1998, ce ratio était estimé à 19,96% (soit \$4 733 milliards) pour les pays membres de l'O.C.D.E. et à 14,48% (soit \$816 milliards) pour les pays non membres de l'O.C.D.E.<sup>47</sup>. Ainsi, il correspond à l'équivalent de 10% du P.I.B. de la France<sup>48</sup> et à l'équivalent de 17% du P.I.B. de l'Union européenne en 2011<sup>49</sup>.

En 2016, le secteur des marchés publics européen a bondi à 2,7 milliards d'euros soit l'un des secteurs des marchés publics les plus importants au monde. En effet chaque année, plus de 250 000 entités publiques consacrent « quelque 14% du P.I.B. à l'achat de services, de travaux ou de fournitures »<sup>50</sup>.

Le secteur des marchés publics représentait plus de 28 milliards \$CAN en 2011-2012<sup>51</sup>. Au niveau fédéral, les marchés publics représentaient 34,3% du total soit près de 10 milliards \$CAN<sup>52</sup>.

Autre exemple à titre d'illustration, en 2001, plus de 14 milliards de Yen soit 123 709 millions d'euros ont été dépensés pour l'achat de biens et de services pour l'ensemble des niveaux de

---

<sup>45</sup> Denis Audet, « Les marchés publics » (2003) 2:3 Rev OCDE Sur Gest Budg 169-219 à la p 150, DOI : 10.1787/budget-v2-art18-fr.

<sup>46</sup> Mitsuo Matsushita et al, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, 3rd éd, Oxford University Press, 2015 à la p 675.

<sup>47</sup> Denis Audet, *supra* note 44 à la p 170.

<sup>48</sup> « Médiation des marchés publics » (2016), en ligne : Le portail de l'Économie et des Finances <<http://www.economie.gouv.fr/mediation-des-marches-publics/guide-osez-commande-publique>>.

<sup>49</sup> Soit l'équivalent de 2 088 milliards d'euros. OMC, « Conférence ministérielle, Notes d'information : L'Accord sur les marchés publics (AMP) », en ligne : <[https://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/min11\\_f/brief\\_gpa\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min11_f/brief_gpa_f.htm)>.

<sup>50</sup> « Règles et procédures - EUROPA - L'Europe est à vous - Entreprises », en ligne : <[http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_fr.htm)> (consulté le 23 mai 2016).

<sup>51</sup> « Statistics on Procurement », en ligne : Marcan <<http://www.marcan.net/statistics-on-procurement/>>.

<sup>52</sup> *Ibid.*

gouvernement au Japon<sup>53</sup>. De leur côté, les États-Unis dépensent en moyenne \$94 milliards de marchés de biens et \$40 milliards de marchés de services<sup>54</sup> par an.

Dans les pays émergents, comme en Chine, la valeur des marchés publics de biens et de services passés au niveau central est estimée à \$88 milliards par an et la valeur de l'ensemble des marchés publics en Chine est estimée à environ \$1 020 milliards soit l'équivalent de 20% du P.I.B. chinois<sup>55</sup>. De leur côté, la valeur des marchés publics en Inde représente 30% du P.I.B. indien soit l'équivalent de \$347,8 milliards pour la seule année de 2008.

Il est donc devenu essentiel de mettre en place des règles globales qui assurent la transparence des procédures de passation des marchés publics (liberté d'accès et égalité de traitement des candidats) afin de renforcer la libéralisation du secteur sur la scène internationale<sup>56</sup>.

Bien qu'il soit quelque peu réductible de procéder de la sorte, on peut distinguer trois types d'instruments dont l'objectif vise à procéder à l'ouverture du secteur des marchés publics sur la scène internationale<sup>57</sup>.

Les premiers, les modèles de code sur les marchés publics ou les modèles de déclaration de principes ou de bonnes pratiques, ont pour objectif de réduire la discrimination. A ce titre, on

---

<sup>53</sup> « Chapter II Products and Services Covered by the Government Procurement Survey », en ligne: Prime Minister of Japan and His Cabinet <<http://japan.kantei.go.jp/>>.

<sup>54</sup> *Canada's sub-central government entities and the Agreement on Government Procurement: past and present*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 175-196 à la p 181.

<sup>55</sup> Robert D Anderson et al, *Assessing the value of future accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some new data sources, provisional estimates, and an evaluative framework for individual WTO Members considering accession*, Staff Working Paper ERSD-2011-15, World Trade Organization, 2011 à la p 9, en ligne : <[https://www.wto.org/french/res\\_f/ersd201115\\_f.htm](https://www.wto.org/french/res_f/ersd201115_f.htm)>.

<sup>56</sup> A ce titre, les États-Unis ont joué un rôle important dans la mise en œuvre de règles globales visant à libéraliser le secteur des marchés publics sur la scène internationale.

<sup>57</sup> Christopher R Yukins et Steven L Schooner, « Incrementalism: Eroding the impediments to a global public procurement market », 38 Geo J Intl 529 2007 à la p 30.

peut citer la Loi de la C.N.U.C.E.D. sur les marchés publics<sup>58</sup> ou encore la Méthodologie d'évaluation des régimes nationaux de passation des marchés<sup>59</sup>.

Ensuite, certaines institutions financières, à l'image de la Banque mondiale<sup>60</sup>, participent à l'édiction d'un nouveau cadre de passation des marchés dont « l'objectif vise à améliorer l'efficacité des dépenses publiques et renforcer le système de commande publique à travers le monde »<sup>61</sup>.

Enfin, les accords commerciaux et certains actes juridiques dérivés visent à promouvoir la libéralisation du secteur des marchés publics sur la scène internationale. C'est ce dernier instrument qui fera l'objet de considérations dans le cadre du présent mémoire à travers une étude de la réglementation des marchés publics dans le cadre de l'A.M.P. de l'O.M.C. et de l'A.E.C.G. Canada-Union européenne principalement.

A première vue, l'actualité récente semble aller à contresens des derniers développements en matière de libéralisation des échanges entre les partenaires économiques avec la signature

---

<sup>58</sup> A titre d'exemples, on peut citer *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services*, Rés AG 49/54, Doc off AG NU, 49e sess, (1995).

<sup>59</sup> Cet outil n'interdit pas mais vise à réduire la discrimination. Ainsi, l'objectif établi est d'aider certains pays à se développer et non à ouvrir les marchés publics. Voir Organisation de coopération et de développement économique, « Une coopération pour le développement efficace » (2016), en ligne : <<http://www1.oecd.org/fr/cad/efficacite/>>.

<sup>60</sup> Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale, *Procurement in World Bank Investment Project Financing*, (2015) 62, en ligne : <[http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement\\_GLS\\_French\\_Final\\_Jan2011.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement_GLS_French_Final_Jan2011.pdf)>.

<sup>61</sup> « La Banque mondiale introduit un nouveau Cadre de passation des marchés qui favorisera le renforcement des systèmes nationaux de commande publique » (juin 2016), en ligne : La Banque Mondiale <<http://www.banquemonddiale.org/fr/news/press-release/2016/06/30/new-world-bank-procurement-framework-promotes-strengthened-national-procurement-systems>>.



d'accords commerciaux régionaux. En effet, la nouvelle présidence américaine et le Brexit semblent marquer le retour au protectionnisme en matière économique<sup>62</sup>.

Malgré ces récents développements, quel état des lieux pouvons-nous opérer en termes de libéralisation du secteur des marchés publics sur la scène internationale ? Quel rôle joue le mécanisme de l'A.M.P. en matière d'ouverture des marchés publics ? Les accords commerciaux régionaux accordent un traitement préférentiel entre les signataires au regard des membres de l'O.M.C. ? Qu'en est-il en matière d'ouverture des marchés publics ? Enfin, est-ce que le développement des accords de libre-échange influent-ils sur la réglementation des marchés publics ?

Le champ d'étude est bien trop large pour apporter un éclairage complet sur le sujet, il convient donc de présenter certains éléments de réponse à la lumière d'un accord, nouvellement signé mais non encore ratifié par les Parties, l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne<sup>63</sup>.

Après avoir dressé un état des lieux de la réglementation et de la libéralisation des marchés publics au niveau plurilatéral (chapitre 1), il convient d'étudier l'ouverture des marchés publics à l'aune de l'approche bilatérale avec l'exemple de l'A.E.C.G. Canada-Union européenne (chapitre 2).

---

<sup>62</sup> Thierry Mayer, « Brexit, Trumpit : La fin des accords régionaux ? Conséquences pour l'industrie automobile » (2016) 371 Lett CEPII 4 à la p 1.

<sup>63</sup> Pour la version en anglais de l'A.E.C.G. voir: *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part*, 1 598, en ligne : <[trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154329.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf)>. Pour la version en français voir : « Texte final de l'Accord économique et commercial global (2016) », en ligne : Gouvernement du Canada <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra)> (consulté le 7 novembre 2016).



# **Chapitre 1 : Règlementation plurilatérale et libéralisation des marchés publics**

Qu'en est-il de la libéralisation des marchés publics sur la scène internationale ? L'ouverture des marchés publics par l'intermédiaire du mécanisme de l'A.M.P. est-elle une réussite ? Le développement des A.C.R. permet-il de combler les limites du mécanisme de l'A.M.P. ? Il convient d'aborder l'ouverture progressive des marchés publics au niveau plurilatéral (section 1) avant de souligner les limites du modèle de l'A.M.P. en termes de libéralisation des marchés publics sur la scène internationale (section 2).

## **Section 1 : Une ouverture progressive des marchés publics**

Le secteur des marchés publics a longtemps été exclu du système commercial multilatéral. Cette prise en compte tardive s'explique pour diverses raisons. Il convient d'apporter un éclairage sur l'évolution de la réglementation des marchés publics sur la scène internationale (paragraphe 1), avant de faire un état des lieux des dernières réformes et pistes de réflexions sur le sujet (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Évolution du cadre de la réglementation**

Il convient d'analyser le rejet initial d'intégrer les marchés publics au sein du G.A.T.T. (A) avant de faire état des progrès réalisés au cours du Cycle de Tokyo (B), et du Cycle d'Uruguay qui marque la naissance de l'A.M.P. (C).

#### **A) Le rejet initial du G.A.T.T. de 1947**

Les négociations visant la mise en place de l'Organisation internationale du Commerce (O.I.C.), entre 1946 et 1947<sup>64</sup> vont déboucher sur la Charte de la Havane<sup>65</sup>. La décision fut

---

<sup>64</sup> Les négociations débutèrent à Londres en novembre 1946 où se tint la 1<sup>ère</sup> session du Comité préparatoire, suivie d'une réunion en 1947, à New-York. La 2<sup>ème</sup> session formelle débuta le 10 avril 1947 et se tint à Genève. Enfin la session finale, à Cuba, se déroule entre le 21 novembre 1947 et le 24 mars 1948. Voir A Blank et G Marceau, « A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO » dans *Law and Policy in*

prise de ne pas assujettir les marchés publics ni au principe du traitement général de la nation la plus favorisée<sup>66</sup> ni à celui du traitement national<sup>67</sup> et ce d'ailleurs contre la volonté de la délégation américaine<sup>68</sup>. La Charte de la Havane, n'ayant jamais été ratifiée par les États, les négociations sur le sujet furent abandonnées par la même occasion.

Les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947<sup>69</sup> font référence, pour la première fois, aux marchés publics dans un cadre multilatéral. Cependant, cette référence est pour la moins minime voire par la négative<sup>70</sup>. Ainsi, l'article Ier relatif au Traitement général de la nation la plus favorisée ne fait pas référence aux marchés publics. Les marchés publics ne sont donc pas assujettis à la règle.

De son côté, l'article III relatif au traitement national exclut spécifiquement les marchés publics de son champ d'application. Ainsi l'article III:8.a) prévoit que « Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics [...] ». Le principe du traitement national ne s'applique donc pas aux marchés de biens passés par des organes gouvernementaux.

---

*Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, University of Michigan Press, Ann Arbor, B M Hoekman et PC Mavroidis, 1997, 31-55 à la p 31.

<sup>65</sup> *Organisation internationale du commerce, Commission intérimaire, Conférence des Nations-Unies sur le commerce et l'emploi tenue à La Havane, Cuba du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948 - Acte final et documents connexes, doc. E/CONF.2/78 (avril 1948), p.5, « Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce ».*

<sup>66</sup> *Ibid* art 16.

<sup>67</sup> *Ibid* art 18.

<sup>68</sup> A Blank et G Marceau, *supra* note 63 à la p 33.

<sup>69</sup> GATT de 1947, *supra* note 10.

<sup>70</sup> Voir Robert D Anderson et Sue Arrowsmith, « The WTO regime on government: past, present and future » dans *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011 à la p 5.

La seule référence aux marchés publics par le G.A.T.T. de 1947 est implicite et ne concerne que les entreprises commerciales d'État. Selon l'article XVII:2, chaque Partie contractante, en sa qualité d'entreprise commerciale d'État, est tenue d'accorder un « traitement équitable au commerce des autres parties contractantes ».

Autrement dit, jusqu'à la fin des années 1970, le système multilatéral ne prend pas véritablement en compte le secteur des marchés publics. Les États ne sont pas tenus d'appliquer des règles du G.A.T.T. (traitement national, traitement de la nation la plus favorisée, non-discrimination) lors de la procédure de passation des marchés publics.

Mais cette position s'opère au détriment de la concurrence internationale. Fort de cette prise de conscience, les États entament des négociations commerciales afin de libéraliser le secteur des marchés publics<sup>71</sup>.

#### B) Les travaux de l'O.C.D.E. et le Cycle de Tokyo

Dès les années 1960, le Comité du commerce de l'O.C.D.E. est amené à examiner le problème des prix préférentiels accordés aux industries nationales en matière de marché public. Ainsi, dès 1963, les premiers travaux portent sur les procédures d'approvisionnement menées par les entités centrales<sup>72</sup>.

A ces travaux, les négociations commerciales multilatérales menées dans le cadre du Cycle de Tokyo (1973-1979) vont accoucher d'un Code sur les marchés publics<sup>73</sup>. Celui-ci constitue la première ébauche d'une réglementation internationale en matière de marchés publics. Cet

---

<sup>71</sup> Matsushita et al, *supra* note 45 à la p 677.

<sup>72</sup> A Blank et G Marceau, *supra* note 63 à la p 38.

<sup>73</sup> *Accord relatif aux marchés publics*, 1235 RTNU 259, (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1981) 14 avril 1979 [Code des marchés publics]. Cet Accord signé en 1979 et entrée en vigueur en 1981 ne comprend qu'un nombre limité de Parties au G.A.T.T. Ce dernier va subir des modifications en 1987 qui entrent en vigueur l'année suivante.

Accord a le mérite d'étendre la clause de la nation la plus favorisée ainsi que le principe du traitement national au secteur des marchés publics<sup>74</sup>.

Ce dernier principe, le principe du traitement national, signifie que les produits des autres Parties au Code ne doivent pas être assujettis à un traitement moins favorable que les produits d'origine nationale.

De son côté, la clause de la nation la plus favorisée prohibe tout traitement discriminatoire entre les produits des autres Parties au Code. Autrement dit, un État ne peut réserver à une compagnie nationale un marché spécifique ni même lui accorder des prix préférentiels.

Il reste que ces avancées doivent être nuancées. En effet, ces deux principes fondamentaux ne visent pas l'ensemble des marchés publics mais uniquement les marchés de biens passés par les entités du gouvernement central qui dépassent certaines valeurs de seuil. Ensuite, ce Code des marchés publics ne s'applique qu'aux États l'ayant spécifiquement ratifié aux termes du Cycle de Tokyo<sup>75</sup>.

Par ailleurs, il convient de préciser que les dispositions du Code exigent une procédure de passation qui soit pleinement transparente, mettent en place un mécanisme multilatéral de règlement des différends, enfin, instaurent le principe d'un traitement spécial et différencié en faveur des pays en voie de développement.

Les Parties, ensuite, ont mené des négociations dans le but d'élargir la portée et le champ d'application de l'Accord, parallèlement au Cycle d'Uruguay.

---

<sup>74</sup> Art III *Ibid.*

<sup>75</sup> Les signataires originels sont au nombre de seize : l'Autriche, le Canada, les six États des Communautés européennes, la Finlande, Hong Kong, la Chine, le Japon, la Norvège, Singapour, la Suisse et les États-Unis auxquels s'ajoutent la Grèce, le Portugal et l'Espagne suite à leur accession à la Communauté européenne, enfin Israël en 1983.

### C) L'Accord sur les marchés publics issu du Cycle d'Uruguay

Les années 1980 marquent un dépassement du cadre interne de la réglementation des marchés publics avec la mise en place d'une véritable réglementation que constitue l'Accord sur les marchés publics de 1994<sup>76</sup>. Le Canada et l'Union européenne en sont des membres originels<sup>77</sup>.

A la différence de la plupart des accords de l'O.M.C., l'A.M.P. est un accord plurilatéral. Autrement dit, ce dernier ne présente de caractère juridique contraignant qu'à l'égard des seuls États l'ayant spécifiquement ratifié<sup>78</sup>.

Son champ d'application vise une politique d'approvisionnement en tant que telle. L'A.M.P. s'applique aux marchés de produits/marchandises et de services passés par tout moyen contractuel, par les entités visées par le présent Accord, telles qu'elles sont spécifiées à l'Appendice 1 et pour les marchés dont la valeur est égale ou supérieure aux valeurs de seuil spécifiés à l'Appendice 1<sup>79</sup>.

Ainsi, comme le souligne la version révisée de 2012, l'A.M.P. ne reconnaît aucune séparation stricte entre les marchés de services et les marchés de marchandises<sup>80</sup> par contraste avec l'approche développée au sein du G.A.T.T. de 1947 et du G.A.T.S.

---

<sup>76</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 38.

<sup>77</sup> S'agissant du Canada, voir la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, LC 1994, c 47. S'agissant de l'U.E., voir CE, *Décision du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994)*, JO, 94/800/CE, décembre 1994, en ligne : JO <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1994:336:FULL&from=FR>>.

<sup>78</sup> De sorte que la clause de la nation la plus favorisée n'est pas mentionnée par les dispositions de l'A.M.P. dont l'application permettrait sinon aux membres non signataires à l'A.M.P. de bénéficier des concessions consenties par les Parties à l'A.M.P.

<sup>79</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 38 art 1.

<sup>80</sup> OMC, *Decision of the Committee on government procurement on adoption of the text of « The Protocol amending the Agreement on Government Procurement »*, GPA/113, 2 avril 2012 [Accord sur les marchés publics révisé] art II:2(a).

L'A.M.P. régit les seuls marchés de services passés par les organes gouvernementaux pour les besoins des pouvoirs publics<sup>81</sup>, de son côté le G.A.T.S. ne vise que les marchés de services acquis pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la fourniture de services destinés à la vente dans le commerce<sup>82</sup>. A ce titre, ces derniers contrairement aux marchés de services assujettis à l'A.M.P. sont tenus de respecter le principe du traitement de la nation la plus favorisée<sup>83</sup>, le principe de transparence<sup>84</sup> et le principe du traitement national<sup>85</sup>.

Selon la doctrine, le cadre de l'A.M.P. vise à promouvoir la compétition internationale en favorisant une ouverture accrue des marchés publics entre les Parties à l'A.M.P. et ce de quatre manières<sup>86</sup>. Tout d'abord, l'A.M.P. constitue un outil d'ouverture progressive du marché entre les Parties avec des listes qui énumèrent les engagements consentis par les Parties à l'Appendice 1 de l'Accord.

Ensuite, l'A.M.P. vise à promouvoir l'intégrité des procédures de passation des marchés publics et une meilleure gouvernance entre les Parties avec l'énonciation de principes fondamentaux comme les principes de non-discrimination, de transparence et d'équité<sup>87</sup>. A ce titre, l'Accord met en place deux mécanismes de recours dont l'objectif vise à contrôler le respect des dispositions de l'Accord par les États ainsi que les engagements consentis figurant dans les annexes.

---

<sup>81</sup> *Ibid* art II:2(a)(ii).

<sup>82</sup> Accord général sur le commerce des services, *supra* note 27 art XIII.

<sup>83</sup> *Ibid* art II.

<sup>84</sup> *Ibid* art III.

<sup>85</sup> *Ibid* art XVII.

<sup>86</sup> Robert D Anderson et William E Kovacic, « Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets » (2009) 18:67 Public Procure Law Rev à la p 72.

<sup>87</sup> David Luff, « Matières spécifiques régies par des Accords de commerce plurilatéraux » dans *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : Analyse critique*, coll de la Faculté de droit, Bruxelles : Paris, Bruylant, 2004 à la p 736.



Le premier mécanisme vise une procédure de contestation devant un tribunal ou un organe d'examen impartial et indépendant. Cette procédure peut être engagée par tout fournisseur intéressé qui s'estime avoir été lésé lors d'une procédure de passation d'un marché couvert par l'Accord<sup>88</sup>.

Le deuxième, quant à lui est prévu à l'article XXXII de l'A.M.P. Il s'agit d'un mécanisme de consultations et de règlement des différends qui présente un caractère global en ce qu'il « embrasse tous les litiges relatifs à l'application des normes appartenant au système » de l'O.M.C. et un caractère intégré car il « s'applique à tous les accords visés, ce qui permet d'examiner au cours d'une seule et même procédure toutes les dispositions de l'Accord instituant l'OMC à prendre en considération pour un différend donné »<sup>89</sup>.

Les accords de l'O.M.C. lient les États mais ne sont pas dotés d'un effet direct sur les territoires nationaux<sup>90</sup>. Telle est l'approche adoptée par l'U.E. et les États-Unis depuis 1947<sup>91</sup>. Autrement dit, même si les accords de l'O.M.C. ont valeur de déclaration politique en droit interne à défaut de présenter une valeur légale exécutoire, il reste que les Parties à l'A.M.P. sont tenues de respecter leurs engagements sans aucune réserve<sup>92</sup>.

Au regard du Code des marchés publics de 1979, l'A.M.P. présente un champ d'application considérablement plus étendu<sup>93</sup>. Tout d'abord, celui-ci intègre les marchés publics de services

---

<sup>88</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 38 art XX.

<sup>89</sup> *Guatemala - Enquête antidumping concernant le ciment Portland (Plainte du Mexique) (1998)*, OMC doc WT/DS60/AB/R para 66.

<sup>90</sup> Julien Burda, *supra* note 30 à la p 4.

<sup>91</sup> A ce titre, on peut citer une décision du Conseil des communautés européennes : *CE, Décision 94/800 du Conseil relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994)*, JO L 336/1, 22 décembre 1994. On peut également citer un arrêt de la Cour suprême canadienne : *A.G.C. c Northrop Grumman*, [2009] 3 RCS 309.

<sup>92</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 38 art XXII.3.

<sup>93</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 26 Art XXIV:3(c). Voir Rapport du Comité des marchés publics de l'OMC, *Rapports entre l'Accord du Tokyo Round relatif aux marchés publics et l'Accord de 1994 sur les marchés publics*, Notes du secrétariat, GPA/W/65 du 9 janvier 1998.

et les marchés publics de la construction en sus des marchés de bien. Or, la valeur des marchés de services couverts par l'A.M.P. était estimée à 160 milliards d'euros en 2008 soit l'équivalent de 65% de la valeur totale des marchés couverts par l'A.M.P.<sup>94</sup>

Ensuite, l'Accord étend son champ d'application aux marchés publics passés par les entités sous-centrales et par certaines entreprises publiques ou entreprises privées de régulation<sup>95</sup>. Or selon les estimations de l'O.C.D.E., les marchés publics passés par les entités sous-centrales correspondent à 65% de la valeur totale des marchés publics sur la scène internationale<sup>96</sup>. Ainsi en 2008, on estime la valeur des marchés couverts par l'A.M.P. à \$1 600 milliards soit l'équivalent de 2,64% du P.I.B. sur cette année<sup>97</sup>.

Il reste que l'A.M.P. présente une flexibilité inhérente. Et les possibilités d'y déroger sont plurielles.

## **Paragraphe 2 : Révisions et perspectives**

L'A.M.P. a fait l'objet de deux révisions, en 2006 et 2012. Il convient d'analyser les efforts engagés par les Parties en vue d'accroître l'accès aux marchés publics (A), avant de

---

<sup>94</sup> Ce pourcentage ayant cru en 2010 puisque 78% des marchés couverts par l'A.M.P. étaient des marchés de services dont 42% de marchés de services (pour un montant de 187 milliards d'euros), et 36% de marchés de services de construction (pour un montant de 161 milliards d'euros). Voir World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, *The relationship between services trade and government procurement commitments: insights from relevant WTO agreements and recent RTAs*, 18 novembre 2014 à la p 1, en ligne : <[https://www.wto.org/french/res\\_f/reser\\_f/ersd201421\\_f.htm](https://www.wto.org/french/res_f/reser_f/ersd201421_f.htm)>.

<sup>95</sup> Ainsi, le Japon a intégré 47 préfectures et 12 villes, les Etats-Unis 37 Etats fédérés, l'Union européenne toutes les entités sous-centrales (y compris municipales), et la Corée 15 entités du gouvernement sous-centrale, au titre de l'Annexe de 2 de l'Accord sur les marchés publics (1994) pour chacune des Parties susmentionnées. Voir Ministry of Economy, Trade and Industry of Japon, *2004 Report on the WTO Consistency of Trade Policies by Major Trading Partners*, Part II, Chapitre 13 Government Procurement, 2004 à la p 382, en ligne : <<http://www.meti.go.jp/english/report/downloadfiles/2004WTO/2-13GovtProce.pdf>>.

<sup>96</sup> Denis Audet, *supra* note 44 à la p 172.

<sup>97</sup> Robert D Anderson et al, *supra* note 54 à la p 9.

faire état des échecs des initiatives multilatérales (B), et de présenter les éventuelles perspectives sur le moyen terme (C).

A) L'A.M.P. révisé de 2012

Est-ce que l'A.M.P. révisé de 2012<sup>98</sup> permet d'accroître la libéralisation du secteur des marchés publics et de dépasser par là même les limites inhérentes au cadre plurilatéral ?

Conformément à leurs engagements, les Parties à l'A.M.P. de 1994, ont procédé à la renégociation de celui-ci dans les deux ans suite à sa mise en œuvre<sup>99</sup>. Cet Accord révisé instaure notamment une procédure transparente et impartiale de passation des marchés publics dont l'objectif vise à lutter contre les pratiques corruptives et les conflits d'intérêt<sup>100</sup>.

Cette exigence est notamment renforcée par la mise en place d'une procédure nationale standardisée dont les modalités d'application visent à recevoir tout recours déposé par un fournisseur pour violation des dispositions de l'A.M.P. ou de la législation nationale d'une Partie<sup>101</sup>. A titre d'exemple, pour le Canada, il s'agit du Tribunal canadien du commerce extérieur (T.C.C.E.)<sup>102</sup>.

En vertu de la Loi sur le tribunal canadien du commerce extérieur, tout fournisseur potentiel peut « déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics

---

<sup>98</sup> Accord sur les marchés publics révisé, *supra* note 79.

<sup>99</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 38 art XXIV:7(b). Les négociations se sont étalées entre 1997 et 2011. Le 16 juillet 2004, les Parties s'entendent sur les modalités relatives à la négociation (GPA/89, 11 décembre 2006). Le résultat des négociations est adopté officiellement en mars 2012 et la version révisée de l'Accord entre en vigueur le 6 avril 2014. Les conditions d'entrée en vigueur de l'accord révisé ont été respectées : les deux tiers des Parties à l'A.M.P. ont présenté leur instrument d'acceptation dans les 30 jours qui ont suivi le dépôt du dixième instrument d'acceptation de l'Accord par Israël le 7 février 2014.

<sup>100</sup> Accord sur les marchés publics révisé, *supra* note 73 art IV.

<sup>101</sup> *Ibid* art XXIII.

<sup>102</sup> *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, LRC 1985, c 47 (4e supp).

suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte »<sup>103</sup> s'il estime que la procédure de passation d'un marché fédéral n'a pas été traitée de façon équitable<sup>104</sup>. Le deuxième mécanisme prévu par l'A.M.P. est le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C.<sup>105</sup>.

Outre ces améliorations textuelles qui vont dans le sens d'une amélioration de la gouvernance du secteur entre les Parties à l'A.M.P., la version révisée vise également à favoriser l'accès au marché entre les Parties par l'élimination de diverses restrictions<sup>106</sup>. Plus précisément, ces avancées sont au nombre de quatre.

Tout d'abord, l'A.M.P. révisé assujettit 500 nouvelles entités au regard de l'A.M.P. de 1994 au titre des annexes 1, 2 et 3 pour apporter un nombre total d'entités assujetties aux alentours de 5 200<sup>107</sup>.

Outre l'adoption de l'approche générique par l'U.E., le Canada accroît ses engagements. Ainsi alors qu'au 1<sup>er</sup> janvier 1996, les engagements consentis par le Canada à l'égard des Parties à

---

<sup>103</sup> *Ibid* art 30.11(1). Par contrat spécifique, on entend un contrat « relatif à un marché de fournitures ou services qui a été accordé par une institution fédérale – ou pourrait l'être –, et qui soit est précisé par règlement, soit fait partie d'une catégorie réglementaire » (art 30.1). Sont visés certains contrats commerciaux mentionnés à l'article 1001 de l'ALENA, à l'article 502 de l'A.C.I., l'AMP, l'ALECC, l'ALECP ou encore l'ALECPA. Voir le *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/1993-602.

<sup>104</sup> Le rôle du T.C.C.E est alors de recevoir « les plaintes portant sur n'importe quel aspect du processus d'achat », de « faire enquête » et de « prendre des décisions » dans le respect des « obligations prescrites dans les accords commerciaux et de toute autre règle de procédure prévue au Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics ». Voir à ce titre Ministère des Travaux publics et des services gouvernementaux Canada 2015, *Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 2015*, en ligne : <[www.tcce-citt.gc.ca](http://www.tcce-citt.gc.ca)>.

<sup>105</sup> Celui-ci fera l'objet de plus amples considérations ultérieurement.

<sup>106</sup> Ainsi, avec l'A.M.P. révisé, les engagements supplémentaires en matière d'accès aux marchés publics sont estimés entre 80 et 100 milliards d'euros par an. Voir *The relationship between services trade and government procurement commitments: insights from relevant WTO agreements and recent RTAs*, *supra* note 93 à la p 3.

<sup>107</sup> *Ibid* à la p 40.

l'A.M.P. se limitaient aux entités centrales mentionnées à l'Annexe 1, l'A.M.P. révisé ouvre l'accès aux marchés publics passés par les entités sous-centrales au titre de l'annexe 2, et aux marchés passés par les entités mentionnées au titre de l'annexe 3 de l'A.M.P.

Ensuite, l'accord révisé étend l'accès à de nouveaux marchés de produits et de services<sup>108</sup> et à de nouvelles formes de contrats<sup>109</sup>, et donc réduit le nombre de secteurs exclus, enfin, il faut noter la réduction des valeurs de seuil pour certains marchés couverts par l'Accord par Israël, le Japon ou encore la Corée. Qu'en est-il à présent des initiatives multilatérales en matière de réglementation des marchés publics ?

#### B) Échecs des initiatives multilatérales

Le secteur des marchés publics n'est pas pris en compte, de manière directe, par les accords multilatéraux de l'O.M.C. Pour autant, des initiatives avaient vues le jour lors du cycle d'Uruguay afin que cette matière soit abordée au niveau multilatéral<sup>110</sup>.

Certaines Parties à l'O.M.C. avaient eu l'idée de mettre en place un accord multilatéral, au contenu plus limité que l'A.M.P. mais plus incitatif afin d'y faire adhérer les États non Parties à l'A.M.P.

Par-là, il s'agissait de mettre en place un accord « soft law » qui ne soit ni soumis au mécanisme de règlement des différends ni même aux dispositions du système de recours

---

<sup>108</sup> En sus des marchés de services déjà libéralisés comme les services de commerce, l'environnement, la finance, le tourisme ou encore le transport aérien, l'accord révisé ouvre de nouveaux secteurs de services comme les services de télécommunications à huit nouvelles Parties dont l'U.E., Hong-Kong, ou encore l'Islande et couvre désormais les services de construction à l'ensemble des Parties.

<sup>109</sup> Trois Parties à l'A.M.P. dont l'U.E. et la Corée intègrent de nouvelles formes de contrats à l'A.M.P. : les contrats de construction-exploitation-transfert, les concessions de travaux publics ou encore certaines formes de partenariat public-privé.

<sup>110</sup> Robert D Anderson et Sue Arrowsmith, *supra* note 69 à la p 7.

interne prévu par l'A.M.P.<sup>111</sup>. On retient principalement deux initiatives multilatérales qu'il convient d'analyser successivement.

La première initiative, issue de la Conférence ministérielle tenue à Singapour en 1996 suggérait le développement d'un accord sur la transparence des marchés publics. A cet effet, un Groupe de travail était chargé d'effectuer une étude sur la transparence en matière de procédure de passation des marchés publics qui prenne en compte les politiques nationales<sup>112</sup>.

Mais le Groupe de travail n'a jamais procédé à la première phase du mandat sur la conduite d'une telle étude<sup>113</sup>. En fait, aucune décision formelle n'a été prise lors de la 5<sup>ème</sup> conférence ministérielle tenue à Cancún afin d'entamer des négociations en matière de transparence des procédures de passation dans un cadre multilatéral. Le Groupe de travail est même devenu inactif suite à une décision du Conseil général en date du 1<sup>er</sup> août 2004<sup>114</sup>.

Cet échec est la conséquence de divers facteurs. Le principe de transparence recouvre plusieurs aspects, en premier lieu, l'édiction de règles sur la non-discrimination en matière d'accès aux marchés et sur l'intégrité des procédures de passation. Assez logiquement, un cadre non-transparent et peu ouvert à la concurrence favorise la corruption et le clientélisme en matière d'approvisionnement public, constituant par la même une barrière à un développement efficace et soutenu sur le long terme.

Or tous les Membres de l'O.M.C. ne partagent pas l'idée selon laquelle la mise en place d'un cadre transparent peut être source de bonne gouvernance des marchés publics. En effet, hormis

---

<sup>111</sup> Sue Arrowsmith et Robert D Anderson, *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011 à la p 11.

<sup>112</sup> OMC, *Déclaration ministérielle, Conférence ministérielle Singapour 1996, 1ère session*, décembre 1996 [WT/MIN(96)/DEC].

<sup>113</sup> « Marchés publics : Groupe de travail de la transparence - Groupe de travail de la transparence des pratiques de passation des marchés », en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gptran\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gptran_f.htm)>.

<sup>114</sup> Un tel accord sur la transparence des marchés publics sur une base multilatérale est exclu pour le moment. Voir *Ibid*.

quelques Membres, dont l'U.E., qui accordent de l'importance à ces sujets<sup>115</sup> en suggérant la création d'une annexe au sein du G.A.T.S. sur les marchés publics de services, la majorité des Membres s'oppose à la mise en place d'une telle initiative.

L'idée de mettre en place un accord multilatéral sur la transparence est donc mal accueillie par la majorité des membres de l'O.M.C.<sup>116</sup> et ce pour deux raisons principalement.

Certains Etats s'opposent directement à la mise en place d'un accord juridiquement contraignant comme l'Inde, le Pakistan, la Malaisie ou encore l'Egypte, pour d'autres, les marchés publics ne sont qu'un outil de politique publique au service d'objectifs purement nationaux comme celui de soutenir l'économie des petites entreprises.

D'autres Etats enfin estiment ne retirer aucun bénéfice de la mise en place d'un tel accord et ce malgré les avantages qu'il conférerait à certains d'entre eux qui sont dans l'incapacité d'introduire des réformes, au niveau national, dans le sens d'une plus grande transparence des procédures de passation des marchés publics<sup>117</sup>.

Ensuite, le manque de vision claire sur le détail des négociations à mener, et la difficulté à préciser un certain nombre d'objectifs nuisent à l'établissement d'un véritable agenda sur la transparence des marchés publics dans un cadre multilatéral.

De son côté, la seconde initiative s'inscrit dans le cadre du G.A.T.S.<sup>118</sup>. Cet Accord avait anticipé la tenue de négociations multilatérales pour les marchés publics de services dans les deux ans après l'entrée en vigueur de l'Accord de l'O.M.C.<sup>119</sup>. Ainsi en décembre 2001, sur la

---

<sup>115</sup> A ce titre, une étude de la Commission européenne faisait état de 5 à 25 milliards euros d'économies réalisées entre 1993 et 2003 suite à la mise en place d'un cadre plus transparent et plus compétitif par les directives sur les marchés publics. Voir Europe Economics, *Evaluation of Public Procurement Directives*, Markt/2004/10/D, 2006.

<sup>116</sup> Le manque de clarté a empêché la réalisation des négociations sur la transparence et des progrès concrets sur le sens et le contenu des obligations à donner dans le cadre d'un accord sur la transparence.

<sup>117</sup> Voir Sue Arrowsmith, « Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the World Trade Organization » (2003) 37:2 J World Trade 283-303 à la p 286.

<sup>118</sup> Accord général sur le commerce des services, *supra* note 27.

<sup>119</sup> *Ibid* Art XIII:2.

base de l'article XIII:2 du G.A.T.S.<sup>120</sup>, ces négociations furent intégrées à l'agenda du cycle de Doha.

Toutefois, leur résultat ne s'est pas avéré concluant. Malgré la volonté de l'U.E. de résoudre le problème de la complémentarité indépassable entre le commerce de service et les marchés publics de services en vue d'accroître la libéralisation du secteur, le refus des autres membres mis un terme à d'éventuelles avancées en la matière<sup>121</sup>.

La plupart estimaient qu'il y avait là une anomalie à ne poursuivre des négociations que dans le cadre des marchés publics de services, excluant de fait les marchés publics de biens<sup>122</sup>. Il reste qu'un Groupe de travail s'intéresse toujours au sujet<sup>123</sup>.

Enfin, une dernière initiative, miroir de la seconde, s'est inscrit dans le cadre de l'A.M.P. L'idée était d'intégrer les engagements pris par les membres au sein du G.A.T.S. en matière de marchés de services à l'A.M.P. de façon à créer un accord qui réalise une synthèse des engagements en matière de marchés de biens et de services.

Toutefois, la difficulté réside en ce que les deux tiers des membres de l'O.M.C. ne sont pas Parties à l'A.M.P. et que la majorité d'entre eux n'a formulé aucune volonté allant dans ce sens<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> L'article XIII:2 du G.A.T.S. précise: "There shall be multilateral negotiations on government procurement in services under this Agreement within two years from the date of entry into force of the WTO Agreement".

<sup>121</sup> Robert D Anderson et Sue Arrowsmith, *supra* note 69 à la p 10.

<sup>122</sup> L'article XIII Marchés publics du G.A.T.S. reprend la forme de l'article III:8a) du G.A.T.T. de 1947 adaptée au commerce des services. La possibilité d'intégrer un paragraphe 2 à l'article XIII du G.A.T.S. avait été discuté lors de l'Uruguay Round mais celui-ci ne fut pas intégré.

<sup>123</sup> OMC, *Rapport Annuel du Groupe de Travail des Règles de l'AGCS au Conseil du Commerce des Services* (2009), 2 octobre 2009 [S/WPGR/19].

<sup>124</sup> *The relationship between services trade and government procurement commitments: insights from relevant WTO agreements and recent RTAs*, *supra* note 93 à la p 43.



### C) Un futur cadre plurilatéral

Face aux rejets et aux désaccords entre les États pour mettre en place une réglementation multilatérale des marchés publics, force est de constater que les avancées vont s'établir, au moins sur le moyen terme, dans le cadre plurilatéral de l'A.M.P. avec l'accroissement du nombre de ses Parties.

Ainsi, au 1<sup>er</sup> février 2016, l'Accord sur les marchés publics comprenait 17 États parties, soit l'équivalent de quarante-trois membres<sup>125</sup>. Dans ce cadre, l'accession du Taipei chinois à l'A.M.P., le 15 juillet 2009, a procuré des opportunités de marché additionnelles évaluées à \$20 milliards/an soit l'équivalent de 5% du P.I.B. du Taipei chinois<sup>126</sup>.

D'autres Etats sont en voie d'accession comme l'Ukraine<sup>127</sup>, la Chine, l'Albanie, la Jordanie, la Moldavie<sup>128</sup>, d'autres enfin, poursuivent leur négociation en vue d'y adhérer comme l'Australie, le Tadjikistan et la République kirghize<sup>129</sup>. Depuis février 2010, l'Inde est devenu observateur à l'A.M.P.<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> Outre les 28 États membres de l'U.E. qui comptent pour une seule Partie, et le Canada, les Parties à l'A.M.P. sont l'Arménie depuis le 15 septembre 2011, la Bulgarie, la Roumanie, la Croatie, la République de Corée, les États-Unis, Hong-Kong, l'Islande, Israël, le Japon, le Liechtenstein, le Monténégro, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, Singapour, la Suisse et le Taipei chinois depuis le 15 juillet 2009.

<sup>126</sup> Voir Ambassador Ron Kirk, « Applauds Taiwan's Accession to the WTO Agreement on Government Procurement », en ligne : Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2009/july>>.

<sup>127</sup> « Marchés publics - Accession de l'Ukraine à l'Accord de l'OMC sur les marchés publics » (11 novembre 2015), en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/news\\_f/news15\\_f/gpro\\_11nov15\\_f.htm](https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/gpro_11nov15_f.htm)>.

<sup>128</sup> Robert D Anderson et al, *supra* note 54 à la p 4.

<sup>129</sup> « Marchés publics - Les Parties se félicitent des progrès accomplis dans les négociations relatives à l'accession de l'Australie, du Tadjikistan et de la République kirghize à l'AMP » (février 2016), en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/news\\_f/news16\\_f/gpro\\_17feb16\\_f.htm](https://www.wto.org/french/news_f/news16_f/gpro_17feb16_f.htm)>.

<sup>130</sup> « L'Accord sur les marchés publics - Parties, observateurs et accessions », en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/memobs\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm)>.

L'éventuelle adhésion de futures Parties à l'A.M.P. participe à un approfondissement géographique de l'accès aux marchés entre les Parties et de ce fait entraîne une libéralisation accrue du secteur des marchés publics sur la scène internationale.

En effet, on estime que le poids total des marchés publics après l'accession en cours et future des candidats à l'A.M.P. est estimé entre \$2,3 et 3 milliards par an soit l'équivalent d'environ 4% du P.I.B. mondial<sup>131</sup>.

Les dernières adhésions et celles en cours participent en quelque sorte à conférer un caractère multilatéral à l'A.M.P. dans la mesure où celui-ci intègre de plus en plus de Parties dont le niveau de développement diverge sensiblement.

Quel état des lieux pouvons-nous opérer en termes d'ouverture des marchés publics à l'aune de l'A.M.P. ? L'approche bilatérale permet-elle d'accroître la libéralisation du secteur ?

## **Section 2 : Cadre plurilatéral et libéralisation partielle**

L'Accord sur les marchés publics a fait l'objet de révisions en 2006 et 2012. Cette dernière révision ainsi que l'accroissement du nombre des Parties renforcent la libéralisation du secteur des marchés publics sur la scène internationale<sup>132</sup>.

Toutefois, l'ouverture des marchés publics à l'aune de l'A.M.P. est en demi-teinte (paragraphe 1), fort de ce constat, le développement des A.C.R. permet d'accroître l'ouverture du secteur sur la scène internationale (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Les limites du cadre de l'A.M.P.**

Le mécanisme de l'A.M.P., dont l'objectif vise à parvenir à une libéralisation accrue et à une expansion du commerce international est fondé sur trois principes cardinaux : le principe de non-discrimination, les principes de transparence et d'impartialité et le principe de

---

<sup>131</sup> Robert D Anderson et al, *supra* note 54 à la p 13.

<sup>132</sup> Ainsi à titre d'exemple, l'accession du Taipei chinois à l'A.M.P., le 15 juillet 2009, a amené des opportunités additionnelles estimées à plus de \$20 milliards. Voir *Ibid* à la p 9.

traitement national. Toutefois, l'Accord met en place un certain nombre de dérogations générales (A). Les États, de leur côté, recourent à de nombreuses dérogations spécifiques (B), ce qui conduit à une ouverture asymétrique des marchés publics entre les Parties (C).

#### A) Principes et dérogations générales

L'importance de ces principes est soulignée dès le Préambule : les Etats signataires ne sont pas tenus de prendre des mesures « de façon à accorder une protection aux fournisseurs, aux marchandises ou aux services nationaux ni à établir une discrimination entre des fournisseurs, des marchandises ou des services étrangers ».

Un lien étroit est donc établi entre le respect des principes de non-discrimination et de réciprocité par les Etats, d'un côté, et la mise en place d'« un cadre multilatéral efficace en matière de marchés publics » de l'autre afin « de parvenir à une libéralisation accrue » des marchés publics entre les Parties à l'Accord. Le respect de ces principes est donc une condition à la mise en place d'un marché global<sup>133</sup>.

A ce titre, un mécanisme de règlement des différends est chargé d'assurer le respect de ces principes ainsi que les engagements consentis par les Parties au sein de l'A.M.P.<sup>134</sup>. Il convient d'illustrer son rôle à travers l'énonciation de quelques litiges ayant porté sur les dispositions de l'A.M.P.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Organisation Mondiale du Commerce, OMC 20 ans, *Accord sur les marchés publics: Ouvrir les marchés et promouvoir la bonne gouvernance*.

<sup>134</sup> Accord sur les marchés publics révisé, *supra* note 79 art XX.

<sup>135</sup> Sur les 503 affaires portées devant le mécanisme de règlement des différends au 1<sup>er</sup> mars 2016, les litiges portant sur une disposition de l'A.M.P. sont au nombre de quatre. Ce chiffre illustre soit un accroissement du nombre de violations aux accords de l'OMC soit ce chiffre peut être perçu comme un indicateur d'effectivité institutionnel. Voir Keisuke Lida, « Is WTO dispute settlement effective ? » 10(2) Glob Gov 207-225. Il reste que le coût et la lenteur des procédures, ainsi que la prévision des décisions n'encouragent pas les Parties à déposer un recours devant le mécanisme de règlement des différends. Voir Hilde Caroli Casavola, « The WTO and the EU: Exploring the Relationship Between Public Procurement Regulatory Systems » dans *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, 2011<sup>e</sup> éd, Heidelberg ; New York, Springer, 2011, 293-320 à la p 25.

En vertu du principe de non-discrimination, chaque Partie, y compris ses entités contractantes, est tenue d'accorder un traitement non moins favorable à l'égard d'un fournisseur sur la base du critère de sa nationalité, ni même d'établir une forme quelconque de discrimination à son encontre<sup>136</sup>. Par-là, il s'agit d'encourager les fournisseurs à participer à la procédure de passation des marchés. En effet, en son absence, les fournisseurs étrangers pourraient craindre la mise en place de règles discriminantes basées sur le critère de la nationalité.

A ce titre, on peut citer l'affaire DS73 entre les Communautés européennes et le Japon relative à l'achat d'un satellite de navigation par le Ministère des transports japonais (demande de consultation le 26 mars 1997)<sup>137</sup>.

Les Communautés européennes reprochaient au Ministère des transports japonais de faire explicitement référence aux spécifications du WAAS des États-Unis dans un appel d'offres pour l'achat d'un satellite polyvalent destiné à l'installation d'un système mondial de navigation par satellite pour la gestion du trafic aérien. De sorte que telles spécifications avaient pour effet d'accorder un traitement moins favorable aux soumissionnaires européens comparé à ceux des autres Parties.

Pour les Communautés européennes, de telles spécifications violaient l'article III de l'A.M.P. de 1994 (traitement national et non-discrimination) et étaient incompatibles avec les engagements contractés par le Japon au titre de l'Annexe 1 de l'Appendice 1 de l'A.M.P. Un groupe spécial a permis de trouver un accord au différend entre les deux Parties<sup>138</sup>.

De leur côté, les affaires DS95 entre les États-Unis et le Japon et DS88 entre les États-Unis et la Communauté européenne portaient sur la réglementation des marchés passés par l'État du Massachusetts avec des entreprises qui entretenaient des relations commerciales avec la Birmanie. Cette Loi interdisait notamment à toute autorité publique du Commonwealth du

---

<sup>136</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 31 Article III.

<sup>137</sup> OMC, *Japon-Achat d'un satellite de navigation*, WT/DS73/5.

<sup>138</sup> Celui-ci prévoit notamment la mise en place d'une future coopération de part et d'autre dans le domaine de l'interopérabilité entre le SMAS et le Service global de navigation à couverture européenne (EGNOS).

Massachusetts de passer un quelconque marché de produits ou de services avec des citoyens, américain ou étranger qui commerçaient avec la Birmanie.

Pour les Communautés européennes et le Japon, ces dispositions contrevenaient à celles de l'article III de l'A.M.P. de 1994. Suite à l'interdiction de la mise en œuvre par les États-Unis de la mesure en question<sup>139</sup>, les travaux du Groupe spécial ont été suspendu et le mandat du groupe est devenu caduc<sup>140</sup>.

Enfin, l'affaire DS163 opposait les États-Unis à la Corée sur les pratiques de l'Autorité de construction d'aéroports de la Corée<sup>141</sup> en matière de passation des marchés<sup>142</sup>. Il était prévu que pour être admis à soumissionner en qualité d'entrepreneur principal, tout fournisseur intéressé devait présenter une autorisation exigeant l'installation de fabrication en Corée.

De même, il était prescrit aux entreprises étrangères de s'associer à des entreprises locales coréennes pour être admises à participer aux procédures d'appel d'offres<sup>143</sup>. Selon les États-Unis, la Corée manquait à ses obligations notamment au regard de l'article III de l'A.M.P.

De son côté, le principe de transparence des renseignements relatifs aux marchés comprend l'établissement de normes minimales de publicité à travers la publication des appels d'offre, la publicité des opportunités, des dispositions limitant la discrétion des entités adjudicatrices (art. 7 et 14) et la surveillance et application.

---

<sup>139</sup> OMC, *Etats Unis - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS88/6.

<sup>140</sup> OMC, *Etats Unis - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS88/5.

<sup>141</sup> A cette autorité, s'ajoutent les entités chargées de passer les marchés relatifs à la construction des aéroports en Corée.

<sup>142</sup> OMC, *Rapport du groupe spécial sur la Corée-Mesures affectant les marchés publics*, OMC Doc WT/DS163/R (2000) para 7.9. à 7.13.

<sup>143</sup> Par exemple, il est indiqué dans un appel d'offres que : « Les entreprises étrangères doivent participer à une soumission avec des entreprises locales (société chef de file ou principale) en tant que membres d'un consortium ou sous-traitants ». Or les « entités qui passent les marchés relatifs à la construction des aéroports relèvent de la liste des entités du gouvernement central de la Corée, telles qu'elles sont spécifiées à l'annexe 1 de l'Appendice I de l'AMP définissant la portée des obligations de la Corée ».

Il reste que l'objectif de l'A.M.P. est d'offrir un cadre plurilatéral au plus grand nombre de Parties à l'O.M.C., raison pour laquelle le texte lui-même instaure des dérogations générales à son champ d'application.

Ainsi, afin de prendre en compte les différences de développement entre les Parties à l'A.M.P., l'application du principe de traitement national est tempérée avec la possibilité pour les Parties d'accorder un traitement spécial et différencié pour les pays les moins avancés et à tout autre pays en développement<sup>144</sup>. De la sorte, les Parties sont tenues d'accorder « une attention spéciale en termes de développement, de finances et de commerce, et à la situation des pays en développement et des pays les moins avancés ». Il s'agit d'un traitement transitoire, l'objectif, à terme, étant d'accéder au régime général<sup>145</sup>.

L'article III prévoit également la possibilité pour une Partie de déroger aux principes cardinaux lorsqu'elle l'estime nécessaire « à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale »<sup>146</sup>, à la protection de la moralité publique<sup>147</sup>, de la santé des personnes et de la vie des animaux<sup>148</sup>, ou encore pour ne prendre qu'un dernier exemple, lorsqu'elle l'estime nécessaire à la protection de la propriété intellectuelle<sup>149</sup>.

Enfin, le texte de l'A.M.P. laisse la possibilité aux entités contractantes d'une Partie de recourir à l'appel d'offres sélectif<sup>150</sup>.

Après avoir souligné les principes qui guident l'établissement d'un cadre plurilatéral favorisant la libéralisation du secteur des marchés publics et mentionné les dérogations

---

<sup>144</sup> Accord sur les marchés publics révisé, *supra* note 79 art V.

<sup>145</sup> *Ibid* art V.

<sup>146</sup> *Ibid* art III.1.

<sup>147</sup> *Ibid* art III.2a].

<sup>148</sup> *Ibid* art III.2b].

<sup>149</sup> *Ibid* art III.2c].

<sup>150</sup> *Ibid* art IX.4.

générales qui s'appliquent au texte de l'A.M.P., il convient à présent de faire état des dérogations spécifiques apportées par les Parties au sein des annexes à l'A.M.P.

#### B) Politiques protectionnistes et dérogations spécifiques

L'Accord sur les marchés publics est un accord plurilatéral qui lie les Parties sur la base d'engagements réciproques. En effet, en vertu du principe de réciprocité, les Parties négocient, sur une base bilatérale<sup>151</sup>, et en amont de leur adhésion à l'A.M.P., des concessions économiques équivalentes<sup>152</sup> dont les contours permettent de définir le degré d'ouverture des marchés publics que les Parties entendent s'accorder entre elles<sup>153</sup>.

En général, la couverture au sein de l'A.M.P. est basée sur l'approche de la liste dite positive : autrement dit, les Parties mentionnent le marché, passé par l'entité et le secteur visé, assujetti à l'A.M.P. Les marchés qui ne sont pas explicitement mentionnés sont de facto exclus.

De manière générale, les Etats membres de l'O.M.C. sont assez favorables aux mesures de libre-échange, ce qui ne les empêche pas, en parallèle, d'adopter des politiques commerciales qui prennent la forme de mesures protectionnistes<sup>154</sup>.

Le secteur des marchés publics n'est pas exclu de cette politique duale. Autrement dit, les Parties à l'A.M.P. sont amenées à adopter des mesures protectionnistes diverses qui s'appliquent au détriment de la libéralisation du secteur sur la scène internationale<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> Note 43 à la p 177.

<sup>152</sup> La valeur économique des concessions réciproques entre les Parties sont souvent déterminées par des entreprises internationales d'audit. Voir Hilde Caroli Casavola, *Public procurement and Globalization, Annual Report - Italy-2013*, 3-4, 2013 à la p 6, en ligne : <[www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)>.

<sup>153</sup> Le résultat de ces négociations est ensuite transposé au sein des annexes à l'A.M.P.

<sup>154</sup> Joseph E. Stiglitz relève cinq grandes catégories de barrières commerciales : les droits de douane, les quotas, les restrictions volontaires aux exportations, les autres barrières non tarifaires et une série de « lois sur la loyauté des pratiques commerciales ». Voir Joseph E Stiglitz, Carl E Walsh et Jean-Dominique Lafay, « Echanges internationaux et politiques commerciales » dans *Principes d'économie moderne*, De Boeck Université, Bruxelles, 399-428 à la p 410 et s.

Plus précisément, Sue Arrowsmith relève quatre catégories de règles qui aboutissent à l'établissement de barrières nationales aux marchés publics : les mesures qui visent l'industrie nationale en leur accordant un avantage compétitif<sup>156</sup>, des objectifs secondaires de nature non-économique, des pratiques illégitimes incluant la corruption, le paternalisme et des règles conventionnelles sur les marchés concernant leur aspect commercial.

Certaines de ces règles sont prises dans le cadre d'accords relatifs aux marchés publics (par exemple, l'imposition d'un pourcentage de la production sur un territoire, l'imposition de l'origine de certains matériaux par les fournisseurs), les autres en dehors de tout texte relatif aux marchés publics, il reste que l'ensemble de ces mesures est adopté dans le but de favoriser les entreprises nationales et dans l'intérêt de la création ou du maintien des emplois locaux.

Plus précisément, à la lecture des Annexes des Parties à l'Appendice 1, on observe l'adoption de quatre types de dérogations spécifiques adoptées par les Parties au champ d'application de l'A.M.P. Ces dernières visent à exclure une partie du champ d'application de l'Accord aux autres Parties qui n'offrent pas une couverture réciproque. Toutes ne peuvent être relevées, il convient seulement d'en apporter un bref aperçu à travers l'énonciation de quelques-unes.

Le premier type de dérogation est relatif à l'origine du produit ou du matériel. En effet, un certain nombre de Parties à l'A.M.P. ont mis en place des politiques d'incitation à l'achat de produits et de services nationaux qui s'opèrent au détriment des fournisseurs étrangers.

A titre d'exemple, suite à la crise économique et financière de 2008, plusieurs Etats ont adopté un cadre législatif protectionniste prévoyant la mise en place de mesures réservant une partie du marché national à l'extérieur de la concurrence internationale<sup>157</sup>. Aux Etats-Unis, ces

---

<sup>155</sup> Les raisons sont multiples, parmi elles, un contexte économique international en berne depuis 2008 ou encore la participation freinée des pays en développement au jeu du système commercial multilatéral.

<sup>156</sup> Voir le Berry Amendment avec « la clause des métaux spéciaux », clause depuis sa révision en 2007. Voir *Berry Amendment en 2007*, FY2007 National Defense Authorization Act, PL 109-364.

<sup>157</sup> On dénombre une quarantaine de mesures prises dans le cadre des politiques « buy national » relatives aux marchés publics suite à la crise économique comme en Australie, au Botswana, au Brésil, au Canada, en Chine,



mesures ont été adoptées dans le cadre de l’American Recovery and Reinvestment Act of 2009<sup>158</sup>.

L’une des mesures phares de ce dispositif, intitulé Buy American (section 1605)<sup>159</sup>, prévoit que « le fer, l’acier et les produits fabriqués » utilisés pour la construction et la réparation « d’ouvrages publics et d’immeubles publics » dans le cadre de projets financés en vertu de ce dispositif législatif soient tous fabriqués aux États-Unis<sup>160</sup>.

En vertu de ce dispositif législatif, les États-Unis ont donc émis une dérogation importante à l’application de l’A.M.P. quant à l’origine du produit ou du matériel pour certains marchés passés par leurs entités publiques<sup>161</sup>. Cette dérogation fait l’objet, elle-même, d’exceptions consenties à l’égard de certains États comme le Canada à travers la mise en place d’accords bilatéraux relatifs aux marchés publics<sup>162</sup>.

---

en France, en Inde, au Kazakhstan, en Corée, en Espagne ou encore en Ukraine. Voir Robert D Anderson et al, *supra* note 54 à la p 23.

<sup>158</sup> *The American Recovery and Reinvestment Act of 2009*, Pub L No 111-5, 123 Stat 115.

<sup>159</sup> *Ibid* à la p 189.

<sup>160</sup> Les entités assujetties à la Section 1605 de l’A.R.R.A. de 2009 sont au nombre de sept : US Department of Agriculture, Rural Utilities Service, Water and Waste Disposal Programs, US Department of Agriculture, Rural Housing Service, Community Facilities Program, US Department of Energy, Office of Energy Efficiency and Renewable Energy, Energy Efficiency and Conservation Block Grants, US Department of Energy, Office of Energy Efficiency and Renewable Energy, State Energy Program, US Department of Housing and Urban Development, Office of Community Planning and Development, Community Development Block Grants Recovery, US Department of Housing and Urban Development, Office of Public and Indian Housing, Public Housing Capital Fund et US Environmental Protection Agency, Clean Water and Drinking Water State Revolving Funds.

<sup>161</sup> Accord sur les marchés publics révisé, *supra* note 76 Appendice I pour les États-Unis, Notes à l’annexe 3, art 3. Il reste que telles mesures sont compatibles avec les engagements consentis par les États-Unis au regard de l’A.M.P. Voir section 604(k) et section 1605(d) de *The American Recovery and Reinvestment Act of 2009*, *supra* note 157.

<sup>162</sup> *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique en matière de marchés publics*, 12 février 2010, RT Can 2010/5 art 5.

Dans une moindre mesure, la réglementation canadienne prévoit, par l'intermédiaire de l'Accord sur le commerce intérieur<sup>163</sup>, qu'une Partie peut accorder un seuil minimal de 10% du contenu d'un marché d'origine canadienne dans le respect des engagements internationaux liant le Canada<sup>164</sup>. Autrement dit, ce type de politiques visent à accorder un traitement préférentiel aux produits canadiens sous des formes diverses pour des produits au fédéral et au provincial qui sont entre 3 et 15% plus cher que les produits étrangers<sup>165</sup>.

Le deuxième type de dérogation vise la qualité des fournisseurs. Afin d'encourager et de préserver l'activité économique des petites et moyennes entreprises face à la concurrence internationale, certains Etats adoptent une législation qui réserve l'octroi de certains marchés aux fournisseurs nationaux. Tel est l'objectif que se fixe le texte du Small Business Act<sup>166</sup>, transposé par les Etats-Unis au sein de l'A.M.P.<sup>167</sup>.

De son côté, le Canada, comme de nombreuses Parties, prévoit que l'accord n'est pas applicable aux « marchés réservés aux petites entreprises et entreprises détenues par des minorités »<sup>168</sup>.

Le troisième type de dérogation porte sur l'exclusion de certaines entités au champ d'application de l'A.M.P. A ce titre, il incombe aux Parties « de fournir franchement tous les renseignements pertinents [...] dans les négociations sur les Listes annexées à l'AMP »<sup>169</sup> et ce afin de permettre à l'ensemble des Parties d'approfondir la connaissance de leurs systèmes de passation des marchés et l'organisation de leur administration pour chacun d'eux.

---

<sup>163</sup> Mis en place le 1er juin 1995, cet Accord prohibe en principe toute forme de discrimination relative aux biens et entre les fournisseurs des autres provinces.

<sup>164</sup> *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*, LC 1996, c 17 art 504:5.(a). Voir également OMC, Comité des marchés publics, *Examen des législations nationales d'application - Canada*, GPA/51, juin 2001.

<sup>165</sup> Ministry of Economy, Trade and Industry of Japon, *supra* note 94 à la p 15.

<sup>166</sup> *Small Business Act*, Pub L No 85-536, § 2(a), 67 Stat 232.

<sup>167</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 29 Appendice I, Notes générales pour les États-Unis, art 1.

<sup>168</sup> *Ibid* Appendice I, Notes générales pour le Canada, art 1.d].

<sup>169</sup> *Rapport du groupe spécial sur la Corée-Mesures affectant les marchés publics*, *supra* note 141 à la p 229.

Enfin un quatrième type de dérogation vise l'exclusion de certains secteurs d'activités. Pour n'en citer que quelques-unes, le Canada, la Corée et les Etats-Unis ont exclu les marchés de chemins de fer urbains, et les marchés de matériels de transport urbain du champ d'application de l'A.M.P.

Le Japon en a fait de même par l'imposition d'une clause de sûreté opérationnelle dans le domaine de l'équipement ferroviaire<sup>170</sup>. A ce titre, cette clause a fait l'objet de critiques notamment par la Commission européenne, qui estime son recours abusif par les autorités japonaises<sup>171</sup>.

Des restrictions visent également les projets aéroportuaires financés au niveau fédéral pour les Etats-Unis<sup>172</sup>. D'autres dérogations ont été apportées à l'égard de certains marchés pour des raisons liées à la sécurité nationale. Ces dérogations visent toutes les Parties dont le Canada<sup>173</sup>.

De son côté, l'U.E. a la possibilité de restreindre l'accès aux marchés passés par les entités mentionnées aux annexes 1, 2 et 3 dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports et des services postaux<sup>174</sup> conformément aux dispositions de la directive 2014/25<sup>175</sup> mais n'a jamais utilisée ces restrictions. Le Japon en a fait de même pour tous les marchés relatifs à la production, le transport ou la distribution d'électricité<sup>176</sup>.

---

<sup>170</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 38 Appendice I pour le Japon, Notes à l'Annexe 2, art 5.

<sup>171</sup> Selon les services de la Commission européenne, seulement 20-25% des marchés ferroviaires et de transport urbain japonais sont ouverts aux entreprises européennes alors que les entreprises japonaises ont accès à 65-70% des marchés publics européens. Voir « Answer given by Mr McCreevy on behalf of the Commission, Parliamentary questions » (21 septembre 2009), en ligne : Parlement européen <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2009-3996&language=FR>>.

<sup>172</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 38 Appendice I pour les Etats-Unis, Notes à l'Annexe 3, art 1.

<sup>173</sup> *Ibid* Appendice I pour le Canada, Notes générales, art 1.f] et g).

<sup>174</sup> *Ibid* Appendice I pour l'U.E., Notes générales, art 1 et 6.

<sup>175</sup> *Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE*, 26 février 2014, arts 85 et 86.

<sup>176</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 38 à la p Appendice I pour le Japon, Notes à l'annexe 2.

De nombreuses dérogations sont donc apportées au champ d'application de l'A.M.P. par les Parties. Et il ne s'agit là que d'exemples. Les politiques d'ouverture menées par les Etats varient donc entre les Parties. Alors que certaines, à l'image de l'U.E. prônent une libéralisation accrue du secteur, d'autres multiplient les dérogations et préfèrent négocier dans le cadre d'accords bilatéraux. D'autres enfin, en raison de leur niveau de développement, recourent à des mesures discriminatoires restrictives dans le but de protéger leur industrie nationale.

Le principe de réciprocité, appliqué de manière trop rigide, peut donc entraver l'ouverture des marchés publics. A titre d'exemples, la dérogation apportée par le Japon relatif aux marchés d'électricité fait l'objet d'une dérogation similaire de la part des Etats-Unis à leur encontre.

De même, l'Union européenne a exclu du champ de l'A.M.P., les activités portant sur les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Conformément au principe de réciprocité, le Canada en a fait de même pour les marchés passés par les entités du gouvernement central et des gouvernements sous-centraux à l'égard des soumissionnaires européens.

Dans la pratique toutefois, les Etats adoptent une approche pragmatique de l'application de ce principe basé sur un équilibre global des possibilités d'exportation plus que sur une stricte réciprocité avec une base secteur par secteur<sup>177</sup>.

Il reste que l'adoption de telles dérogations spécifiques par les Parties s'opère au détriment de la concurrence internationale<sup>178</sup>, l'ouverture des marchés publics sur la scène internationale en pâtit par conséquent.

---

<sup>177</sup> Plus précisément, la couverture des entités centrales s'opère sur la base du traitement de la nation la plus favorisée, tandis que les entités sous-centrales et celles mentionnées à l'annexe 3 de l'A.M.P. sont couvertes sur la base du principe de stricte réciprocité. Voir Sue Arrowsmith et al, *Public Procurement Regulation: An introduction*, The EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation à la p 182.

<sup>178</sup> En effet, ces dérogations peuvent être constitutives d'une augmentation du coût des biens et des services passés pour le compte de la commande publique. Voir William E Kovacic Robert D Anderson et Anna Caroline

En effet, alors que la valeur des marchés publics soumise à l'A.M.P. est estimée à 1,3 milliards d'euros et que les achats publics représentent une part importante du commerce mondial, de l'ordre de 1 000 milliards d'euros par an<sup>179</sup>, seul un quart des marchés publics dans le monde est ouvert à la concurrence internationale<sup>180</sup>.

Plus précisément, le ratio des marchés publics ouvert à la concurrence internationale est très faible, de l'ordre de 7,57% soit l'équivalent de \$1 795 milliards pour les États membres de l'O.C.D.E., et de 5,10% soit l'équivalent de \$287 milliards pour les États non-membres de l'O.C.D.E.<sup>181</sup>.

Autrement dit, l'objectif d'ouverture des marchés publics formulé par l'A.M.P. n'est pas pleinement atteint, il en résulte une ouverture asymétrique des marchés publics entre les Parties qu'il convient d'analyser.

### C) Une ouverture asymétrique

En matière de marché public, la réglementation de l'U.E. instaure un cadre ouvert et transparent entre les États de l'U.E.<sup>182</sup> mais également en faveur des fournisseurs des Parties à l'A.M.P. et ce dans le but de favoriser la concurrence internationale<sup>183</sup>.

---

Muller, « Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance » dans *The WTO regime on Government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011 à la p 690.

<sup>179</sup> « Trade -Public procurement », en ligne : European Commission <[http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/index_en.htm)> (consulté le 8 novembre 2016).

<sup>180</sup> « Commission européenne - Communiqué de presse : La Commission européenne améliore l'accès des entreprises européennes aux marchés publics internationaux » (21 mars 2012), en ligne : Commission européenne <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-268\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-268_fr.htm)>.

<sup>181</sup> Denis Audet, *supra* note 44 à la p 169.

<sup>182</sup> Ainsi selon une étude la Commission européenne en 2011, 30% des marchés couverts par l'U.E. sont admis à un fournisseur étranger. En effet, les principes issus des Traités exigent que les pouvoirs adjudicateurs, « traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée ». Voir *Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE*, 26 février 2014 art 18.

A ce titre, la réglementation impose aux pouvoirs adjudicateurs de l'U.E. d'accorder « aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires [...] » de l'A.M.P. « [...] un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union »<sup>184</sup>.

Il en résulte, une ouverture importante de l'accès aux marchés européens en faveur des soumissionnaires originaires des Parties à l'A.M.P. et ce malgré les pressions croissantes qu'exercent les économies émergentes sur leur marché intérieur. Les engagements de l'U.E. lors de la révision de l'A.M.P. en 2012 et ceux contenus dans les A.C.R. vont dans ce sens.

Ainsi, selon les chiffres de la Commission européenne, les marchés publics européens sont ouverts à hauteur de 80% aux soumissionnaires des Parties à l'A.M.P. soit l'équivalent de 352 milliards d'euros<sup>185</sup>.

A l'inverse, de nombreux partenaires commerciaux recourent à des mesures discriminatoires à l'encontre des entreprises de l'U.E.<sup>186</sup>. C'est ainsi que les marchés publics des grandes économies développées ne sont ouverts, en moyenne, qu'à hauteur de 20 pour cent<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> A ce propos, la base de données de la Commission européenne « Tenders Electronic Daily » (TED) permet d'accéder aux opportunités d'accès aux marchés publics dans l'Union européenne. Voir « Ted- tenders electronic daily - Supplement to the Official Journal of the EU », en ligne : Europa <ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do> (consulté le 25 octobre 2016).

<sup>184</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, février 2014 art 25.

<sup>185</sup> Commission européenne, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers*, COM/2012/124/FINAL, 21 mars 2012 à la p 2, en ligne : <eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2012:0124:FIN>.

<sup>186</sup> « La Commission européenne prend des mesures pour ouvrir les marchés publics internationaux » (29 janvier 2016), en ligne : Commission européenne <europa.eu/rapid/press-release\_IP-16-178\_fr.htm>.

<sup>187</sup> *Avis du Comité économique et social européen sur « Les entreprises publiques des pays tiers dans les marchés publics de l'UE » (avis d'initiative)*, 2011/C 218/06, 16 septembre 2010, en ligne : 2011/C 218/06 <eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52011IE0807>.

Les États-Unis, n'ouvrent leurs marchés publics qu'aux Parties à l'A.M.P. et aux États avec lesquels ils ont conclus des accords commerciaux préférentiels qui accordent des conditions d'accès équivalentes aux fournisseurs américains<sup>188</sup>. Ainsi, on estime que les soumissionnaires étrangers ne sont autorisés à soumissionner qu'à hauteur de 32% de l'ensemble des appels d'offres publics émis aux États-Unis<sup>189</sup>.

Autre exemple, en 2007, la valeur des marchés publics japonais ouverts aux soumissionnaires étrangers représentait 27 milliards d'euros soit l'équivalent de 9% (biens et services inclus), et seuls 4% des marchés publics japonais étaient ouverts aux entreprises de l'U.E. soit l'équivalent de 0,7% du P.I.B. japonais<sup>190</sup>.

Dans le même temps, certains pays émergents non Parties à l'A.M.P. comme la Chine et l'Inde, rendent très difficile certaines conditions d'accès à leurs marchés publics en faveur des entreprises européennes ou américaines et ce alors que leur secteur, affiche une progression économique importante<sup>191</sup>.

C'est ainsi que la Chine a instauré dès 2003, des clauses « achetez local » au sein de la Loi gouvernementale sur les marchés publics, et a mis en place une politique de restriction des importations des produits étrangers pour les marchés publics passés en Chine<sup>192</sup>. Dans le même sens, le pays a instauré un système de qualification extrêmement exigeant avec la mise

---

<sup>188</sup> A ce titre, certains auteurs font référence à l'approche du « walled garden » pour caractériser la politique américaine en matière d'accès aux marchés publics. Voir Christopher R Yukins et Steven L Schooner, *supra* note 56 à la p 42.

<sup>189</sup> La valeur des marchés publics étasuniens ouverts aux soumissionnaires étrangers n'est que de 178 milliards d'euros. Voir *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers*, *supra* note 184 à la p 2.

<sup>190</sup> *Avis du Comité économique et social européen sur « Les entreprises publiques des pays tiers dans les marchés publics de l'UE » (avis d'initiative)*, 2011/C 218/06, 23 juillet 2011 à la p 4.

<sup>191</sup> Pour l'exemple chinois, voir Ping Wang, *supra* note 43 à la p 92 et s.

<sup>192</sup> *Avis du Comité économique et social européen sur « Les entreprises publiques des pays tiers dans les marchés publics de l'UE » (avis d'initiative)*, *supra* note 189 à la p 3.

en place d'avis d'appel d'offres réservés à la concurrence nationale qui excluent de facto les « entreprises entièrement étrangères » et les entreprises conjointes des marchés de services de construction<sup>193</sup>.

De son côté, la Russie impose également des conditions restrictives en matière d'accès aux marchés publics gouvernementaux et municipaux qui s'opèrent au détriment des soumissionnaires étrangers<sup>194</sup>.

Enfin, certains États comme le Brésil et l'Argentine ne souhaitent toujours pas adhérer à l'A.M.P. limitant de ce fait, l'accès à de nouveaux marchés pour les soumissionnaires européens<sup>195</sup>.

L'adoption de pratiques restrictives et de mesures discriminatoires par les partenaires commerciaux de l'U.E., que ces États soient signataires ou non de l'A.M.P. conduit à une ouverture asymétrique des marchés publics sur la scène internationale. A ce titre, la Commission européenne dresse le constat suivant :

« En conséquence, seulement 10 milliards d'euros d'exportations en provenance de l'UE (représentant 0,08% de son P.I.B.) trouvent actuellement un débouché sur les marchés publics au niveau mondial, alors que l'on estime à 12 milliard d'euros les exportations qui ne se réalisent pas en raison des restrictions appliquées »<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> *Avis sur la « Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », supra note 42 à la p 5.*

<sup>196</sup> Commission européenne, *Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers*, 29 janvier 2016 à la p 2, en ligne : <eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2016:0034:FIN>.



Cette asymétrie d'ouverture des marchés publics entre les Parties à l'A.M.P. s'opère donc au détriment des fournisseurs européens. Or ces restrictions ont une incidence sur les secteurs compétitifs de l'U.E. tels qu'en matière de construction, de transports publics, d'appareils médicaux, de production d'électricité ou encore en matière de produits pharmaceutiques<sup>197</sup>.

Fort de ce constat, la Commission européenne propose depuis 2012 la mise en place d'une nouvelle politique dont l'objectif est d'atteindre un plus haut degré de réciprocité avec ses partenaires commerciaux en matière d'accès aux marchés publics. A ce propos, le Comité économique et social européen estime que :

« [...] la proposition peut constituer un premier pas pour assurer une plus grande ouverture des marchés publics, notamment dans les négociations en cours dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) entre l'UE et les États-Unis, ainsi que dans le cadre des négociations d'un accord commercial avec le Japon ou dans celui des négociations d'adhésion de la Chine à l'accord sur les marchés publics de l'OMC, ces pays ayant des marchés moins ouverts que ceux de l'UE, mais également à l'égard de pays non signataires de l'AMP tels que la Russie, le Brésil ou l'Argentine »<sup>198</sup>.

Plus concrètement, l'instrument vise à permettre à la Commission d'évaluer l'existence de « mesures ou de pratiques restrictives et/ou discriminatoires en matière de passation de marchés »<sup>199</sup> qui s'appliquent à l'encontre des opérateurs économiques, des produits et des services de l'Union dans un pays tiers<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> note 185.

<sup>198</sup> *Avis sur la « Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », supra note 42 à la p 2.*

<sup>199</sup> Cette expression s'entend comme toute mesure, procédure ou pratique législative, réglementaire ou administrative, ou toute combinaison de celles-ci, qui est adoptée ou appliquée par les autorités publiques ou, à titre individuel, par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices d'un pays tiers et qui donnent lieu à une restriction grave et récurrente de l'accès, par les produits, services et/ou opérateurs économiques de l'Union, aux marchés publics ou aux marchés de concessions dans ce pays. Voir *Proposition modifiée de Règlement du*

A ce titre, si après la réalisation d'une enquête<sup>201</sup>, il est établi l'existence de telles mesures, la Commission engage alors une concertation avec le pays concerné afin :

*« que les opérateurs économiques, les produits et les services de l'Union puissent participer aux procédures de passation de marchés pour l'attribution de marchés publics [...] dans ce pays à des conditions non moins favorables que celles accordées aux opérateurs économiques, produits et services de ce pays ainsi qu'à garantir l'application des principes de transparence et d'égalité de traitement »*<sup>202</sup>.

En l'absence de concertation avec le pays concerné, la Commission peut alors prendre une mesure d'ajustement des prix aux offres « dont la valeur totale est constituée à plus de 50% par des produits et/ou services originaires d'un pays tiers » mais seulement pour les marchés « dont la valeur estimée est supérieure ou égale à 5 000 000 EUR [...] »<sup>203</sup>.

---

*Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, supra note 195 art 2 par 1(f).*

<sup>200</sup> *Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, supra note 162 art 2 par 1(a).*

<sup>201</sup> *Ibid* art 6.

<sup>202</sup> *Ibid* art 7 par 1.

<sup>203</sup> *Ibid* art 8 par 1. La mesure d'ajustement des prix indique une pénalité, pouvant atteindre 20% à calculer sur le prix des offres concernées. Seuls 7% de l'ensemble des marchés publics ont une valeur supérieure à 5 000 000 EUR mais ces derniers représentent 61% des marchés publics de l'U.E. en valeur. Voir *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, supra note 184 à la p 9.*

Plus globalement, ces mesures s'inscrivent dans la stratégie commerciale de la Commission européenne pour l'année 2015<sup>204</sup> et dans le cadre du Plan Europe-2020<sup>205</sup> dont l'objectif vise l'instauration d'une politique qui prenne en compte les nouvelles réalités économiques et les conditions de concurrence équitables en matière d'accès aux marchés publics.

Cet objectif passe notamment par la conclusion de nouveaux accords commerciaux régionaux qui intègrent des dispositions relatives au secteur des marchés publics. Quels sont les effets du développement des A.C.R. en termes de réglementation des marchés publics?

## **Paragraphe 2 : Un cadre bilatéral complémentaire**

On dénombre 139 A.C.R. entrés en vigueur et notifiés à l'A.M.P. depuis 2000<sup>206</sup>. Sur les 139 A.C.R., 37% d'entre eux n'inclut aucune disposition sur les marchés publics. Il s'agit pour la plupart des grands accords économiques d'intégration régionale comme le C.O.M.E.S.A., l'A.S.E.A.N., l'A.F.T.A. ou encore l'A.P.T.A.<sup>207</sup>.

Ensuite, 35% des A.C.R. ne font référence aux marchés publics qu'à travers quelques dispositions seulement, l'objectif de libéralisation du secteur y est alors souvent mentionné. Enfin, 28% des A.C.R. incluent un chapitre entier sur les marchés publics (souvent repris à

---

<sup>204</sup> « A la une: Le commerce pour tous - Nouvelle stratégie de l'UE en matière de commerce et d'investissement », en ligne : Commission européenne <[ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/new-trade-strategy/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/new-trade-strategy/index_fr.htm)>.

<sup>205</sup> « Europe 2020 », en ligne : Commission européenne <[ec.europa.eu/europe2020/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm)> (consulté le 2 novembre 2016).

<sup>206</sup> L'ensemble des A.C.R. notifiés à l'O.M.C. depuis 2013 contiennent des dispositions relatives aux marchés publics. Voir Robert D Anderson et al, « Government procurement provisions in regional trade agreements: a stepping stone to GPA accession ? » dans *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011, 561-656 à la p 577.

<sup>207</sup> Au sein de cette catégorie, 75% d'entre eux sont conclus entre des Etats non-membres à l'A.M.P. Voir *Ibid* à la p 578. La plupart de ces États n'ont pas une législation conforme aux standards de l'A.M.P. Le plus souvent, il s'agit d'A.C.R. ratifiés avant l'O.M.C. *The relationship between services trade and government procurement commitments: insights from relevant WTO agreements and recent RTAs*, *supra* note 93 à la p 16.

partir des dispositions de l'A.M.P.) et contiennent des listes d'engagement<sup>208</sup>. L'A.E.C.G. Canada-Union européenne appartient à cette dernière catégorie.

Il convient d'étudier ce degré de similitude à travers une comparaison de la réglementation du chapitre 19 de l'A.E.C.G. avec celle de l'A.M.P. (A), avant de souligner les conséquences du développement des A.C.R. sur la réglementation des marchés publics (B).

#### A) Un formalisme similaire à l'A.M.P. : l'exemple de l'A.E.C.G.

Les dispositions relatives aux marchés publics au sein des A.C.R. permettent d'établir un point de comparaison avec l'A.M.P.<sup>209</sup>. La plupart du temps, les dispositions relatives aux marchés publics contenues dans les A.C.R. sont reprises de l'A.M.P.<sup>210</sup>.

A la lecture du Chapitre 19 de l'A.E.C.G. relatif aux marchés publics<sup>211</sup>, on observe de fortes similitudes avec le texte de l'A.M.P. révisé en 2012. Les deux contiennent le même sujet abordé, c'est-à-dire l'application des principes fondamentaux et les règles procédurales de passation des marchés publics, toutefois, on observe quelques modifications formelles rendues nécessaires dans le cadre d'un accord bilatéral.

Par-là, il s'agit pour les Parties de réaffirmer un certain nombre de principes et de règles fondamentales en vue de parvenir à un cadre bilatéral efficace qui favorise la libéralisation du secteur des marchés publics entre le Canada et l'U.E.

---

<sup>208</sup> La grande majorité des Parties à l'A.M.P. a au moins ratifié un A.C.R. qui inclut des dispositions relatives à la libéralisation des marchés publics. Plus précisément, 77% des A.C.R. qui contiennent des listes d'engagements et un chapitre entier sur les marchés publics est conclu avec au moins une Partie à l'A.M.P. Voir Robert D Anderson et al, *supra* note 205 à la p 581.

<sup>209</sup> *The relationship between services trade and government procurement commitments: insights from relevant WTO agreements and recent RTAs*, *supra* note 93 à la p 13.

<sup>210</sup> Robert D Anderson et al, *supra* note 205 à la p 562.

<sup>211</sup> La seule version juridique disponible de l'A.E.C.G. date de février 2016. Voir *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part*, *supra* note 62.

A ce titre, comme 66% des A.C.R. qui contiennent un chapitre sur les marchés publics<sup>212</sup>, l'A.E.C.G. réaffirme le principe de non-discrimination s'appliquant à toute mesure adoptée par les deux Parties ayant trait aux marchés couverts par l'Accord<sup>213</sup>.

De même, l'A.E.C.G. réaffirme l'obligation pour toute entité adjudicatrice de respecter une procédure de passation des marchés transparente et impartiale qui :

- a) *Est compatible avec le présent chapitre, au moyen de méthodes telles que l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres sélectif et l'appel d'offres limité ;*
- b) *Evite les conflits d'intérêts ;*
- c) *Empêche les pratiques frauduleuses*<sup>214</sup>

Le chapitre 19 reprend également mot pour mot les règles de procédure de passation d'un marché couvert par l'Accord. A ce titre, l'A.E.C.G. rappelle qu'une entité contractante peut exiger de son fournisseur qu'il présente des capacités juridiques, financières, commerciales et techniques suffisantes ainsi qu'une expérience préalable pertinente pour participer à un marché<sup>215</sup>.

Il est également souligné qu'aucune spécification technique ne doit avoir pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international<sup>216</sup>. En revanche, de telles spécifications techniques sont conformes à l'Accord si elles visent à « encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement. »<sup>217</sup>

---

<sup>212</sup> Robert D Anderson et al, *supra* note 205 à la p 583.

<sup>213</sup> *Ibid* art 19.4 par 1. Comme nous l'étudierons ultérieurement, l'application du principe de non-discrimination est étendue aux entités provinciales et municipales en vertu des engagements consentis par le Canada au titre des annexes de l'A.E.C.G.

<sup>214</sup> *Ibid* art 19.4 para 4.

<sup>215</sup> *Ibid* art 19.7.

<sup>216</sup> *Ibid* art 19.9 para 1.

<sup>217</sup> *Ibid* art 19.9 para 6.

L'Accord rappelle aussi la libre capacité de l'entité contractante pour déterminer les critères d'évaluation de son choix lors de la négociation avec les fournisseurs potentiels et lors de l'adjudication d'un marché :

*« 5. A moins qu'elle détermine qu'il n'est pas dans l'intérêt public d'adjuger un marché, l'entité contractante adjuge le marché au fournisseur qui, selon elle, est capable de satisfaire aux modalités du marché et qui, uniquement sur la base des critères d'évaluation spécifiés dans les avis et dans la documentation relative à l'appel d'offres, a présenté :*

*a) la soumission la plus avantageuse*

*b) dans les cas où le prix est le seul critère, le prix le plus bas. »<sup>218</sup>*

Ainsi, l'A.E.C.G. fait sien le principe selon lequel le prix peut être le seul critère ou un critère parmi d'autres d'évaluation pour l'adjudication du marché.

Les délais sont également repris de l'A.M.P. : ainsi, une entité contractante dispose d'un délai de 25 jours à compter de la date de publication de l'avis de marché envisagé pour la présentation des demandes de participation, si celle-ci lance un appel d'offres sélectif<sup>219</sup>. Ce délai peut être réduit à 10 jours au minimum en cas d'urgence « dûment établie par l'entité contractante »<sup>220</sup>.

Par ailleurs, le délai de présentation des soumissions est constant, de 40 jours à compter de la publication de l'avis de marché envisagé dans le cadre d'un appel d'offres ouvert. Un délai de présentation des soumissions également de 40 jours est prévu à compter de la date où l'entité aura informé les fournisseurs s'ils sont invités à présenter des soumissions dans le cadre d'un appel d'offres sélectif<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> *Ibid* art 19.14 para 5.

<sup>219</sup> *Ibid* art 19.10 para 2.

<sup>220</sup> Voir note 63

<sup>221</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part, supra* note 62 art 19.10 para 3.

A noter que dans des cas spécifiques, l'entité contractante se garde la possibilité de réduire le délai de présentation des soumissions à 10 jours au minimum<sup>222</sup>, de 5 jours<sup>223</sup>, et à 13 jours au minimum<sup>224</sup> selon les cas. En revanche, les réductions du délai pour le dépôt des offres ne seraient être cumulatives<sup>225</sup>.

Finalement, afin de souligner la permanence du Chapitre 19 de l'A.E.C.G. avec l'A.M.P., on observe que l'article 19.3 maintient les exceptions procédurales relatives à certains marchés couverts par l'Accord. A ce titre, le Canada et l'Union européenne se gardent en réserve la possibilité :

*« [...] d'entreprendre une action ou de ne pas divulguer des renseignements, si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant, selon le cas :*

- 1. aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre ;*
- 2. aux marchés indispensables à la sécurité nationale ;*
- 3. aux marchés aux fins de la défense nationale.<sup>226</sup>*

Le Canada et l'Union européenne maintiennent également les exceptions suivantes. Celles :

*« 2. [...]*

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique ;*
- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;*
- c) nécessaires à la protection de la propriété intellectuelle ;*

---

<sup>222</sup> *Ibid* art 19.10 para 4.

<sup>223</sup> *Ibid* art 19.10 para 5.

<sup>224</sup> *Ibid* art 19.10 para 7.

<sup>225</sup> *Ibid* art 19.10 para 6.

<sup>226</sup> *Ibid* art 19.3 para 1.

*d) se rapportant à des biens fabriqués ou à des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus. »<sup>227</sup>*

Enfin, l'article 19.17 reprend les dispositions de l'article XVIII de l'A.M.P. révisé relatives aux procédures de recours internes. Pour le Canada, comme mentionné précédemment le tribunal compétent pour recevoir le recours d'un fournisseur étranger pour violation des dispositions de l'A.M.P. comme de l'A.E.C.G. est le Tribunal canadien du commerce extérieur<sup>228</sup>.

Ensuite, l'A.E.C.G. instaure un mécanisme de règlement des différends mais contrairement à l'article XX de l'A.M.P., celui-ci n'est pas mentionné au Chapitre 19 de l'A.E.C.G. mais au sein du chapitre relatif au règlement des différends<sup>229</sup>. Ce dernier comme le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. est chargé de traiter l'ensemble des litiges relatifs aux dispositions de l'A.E.C.G.

A ce titre, l'article 29.3 de l'A.E.C.G. mentionne que « Le recours aux dispositions sur le règlement des différends du présent chapitre est sans préjudice d'un recours à la procédure de règlement des différends prévue par l'Accord sur l'OMC ou tout autre accord auquel les Parties sont parties » toutefois « une Partie ne peut chercher à obtenir réparation devant les deux instances pour le manquement à une obligation [...] » « [...]substantiellement équivalente ».

Autrement dit, le Canada et l'Union européenne seront libres de choisir l'instance de règlement des différends de leur choix si un litige était amené à survenir entre eux en matière de marchés publics<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> *Ibid* art 19.3 para 2.

<sup>228</sup> David A Collins, « Globalized localism: Canada's government procurement commitments under the CETA » [2015] J Transnatl Dispute Manag à la p 7, en ligne : Journal of Transnational Dispute Management <<https://ssrn.com/abstract=2568629>>.

<sup>229</sup> Note 58 chap 29 - Règlement des différends.

<sup>230</sup> David A Collins, *supra* note 227 à la p 8.



En parallèle, on observe quelques modifications apportées par le texte de l'A.E.C.G. à la réglementation de l'A.M.P. Il reste que ces évolutions textuelles ne relèvent pas toutes de la même importance. Il s'agit le plus souvent de modifications rendues nécessaires dans un cadre bilatéral.

En effet, alors que certaines apparaissent mineures, d'autres marquent des changements plus notables. Parmi les évolutions textuelles, on observe tout d'abord le remplacement du terme de « *marchandise* » par celui de « *bien* » dans le texte de l'A.E.C.G ou encore la suppression évidente de l'article V de l'A.M.P. relatif aux Pays en développement.

Evolution plus notable, le texte de l'A.E.C.G. introduit la création d'une période de transition maximale de cinq ans pour toute entité contractante non encore disposée à adhérer au point d'accès unique en matière de médias électroniques<sup>231</sup>.

Ensuite, l'A.E.C.G. rappelle qu' « une entité contractante limite les conditions de participation à un marché à celles qui sont indispensables pour s'assurer qu'un fournisseur a les capacités juridiques et financières et les compétences commerciales et techniques pour se charger du marché en question »<sup>232</sup>. L'exigence d'une expérience préalable pertinente pour le marché en question demeure<sup>233</sup>.

En revanche, le chapitre 19 ajoute : « Lorsqu'elle établit les conditions de participation, une entité contractante [...] » canadienne ou européenne ne pourra plus « exiger une expérience préalable dans le territoire de la Partie comme condition de participation au marché »<sup>234</sup>.

Autrement dit, une fois l'A.E.C.G. ratifié, une entité adjudicatrice canadienne ne pourra plus exiger de son fournisseur, européen par exemple, qu'il présente une expérience préalable sur le territoire canadien pour participer à la passation d'un marché public au Canada.

---

<sup>231</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part, supra note 62 art 19.6 para 2.*

<sup>232</sup> *Ibid* art 19.7 para 1.

<sup>233</sup> *Ibid* art 19.7 para 2.

<sup>234</sup> Voir note 74

Autre ajout, l'article 19.17 dont l'objectif vise à améliorer la qualité des recours internes dispose que :

*« Dans les dix années suivant l'entrée en vigueur du présent accord, les Parties entreprendront des négociations en vue d'améliorer la qualité des recours, y compris l'engagement possible d'adopter et de maintenir des recours précontractuels. »*<sup>235</sup>

En réalité, les évolutions formelles les plus importantes sont à souligner à la fin du chapitre 19. Dans la mesure où l'A.E.C.G. est un accord de libre-échange bilatéral, les conditions pour modifier ou rectifier le champ d'application de l'Accord sont assouplies au regard des conditions posées par l'A.M.P.

Contrairement à l'article XIX de l'A.M.P. révisé, l'article 19.18 distingue les « *modifications* » des « *rectifications* » pouvant être apportées aux annexes d'une Partie<sup>236</sup>. Ainsi, dans le cadre de l'A.M.P., tout projet de rectification, de transfert d'une entité d'une annexe à une autre, de retrait d'une entité ou autre modification des annexes de l'Appendice I doit être notifié au Comité<sup>237</sup>.

Dans le cadre de l'A.E.C.G., lorsque l'une des deux Parties modifiera une annexe au présent chapitre, elle le notifiera à l'autre Partie par écrit en proposant des ajustements compensatoires. S'il s'agit d'une rectification, la Partie devra en aviser l'autre « selon le cycle des notifications prévu à l'A.M.P., soit tous les deux ans suivant l'entrée en vigueur de l'accord »<sup>238</sup>.

Par rectification, le texte de l'A.E.C.G. entend les changements suivants apportés aux annexes d'une Partie :

---

<sup>235</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part, supra note 62 art 19.17 para 8.*

<sup>236</sup> *Ibid* art 19.18.

<sup>237</sup> Accord sur les marchés publics révisé, *supra* note 79 art XIX para 1.

<sup>238</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part, supra note 62 art 19.18 para 6.*

- a) *Un changement de nom d'une entité ;*
- b) *La fusion de deux, ou de plus de deux, des entités figurant dans une annexe ;*
- c) *La division d'une entité figurant dans une annexe en deux, ou plus de deux, entités qui se sont toutes ajoutées à celles figurant déjà dans la même annexe. »*<sup>239</sup>

Même distinction opérée entre les deux textes, alors que toute objection à la modification apportée par la Partie doit être notifiée au Comité dans le cadre de l'A.M.P.<sup>240</sup>, l'objection devra être notifiée à l'autre Partie dans le cadre de l'A.E.C.G.<sup>241</sup>. Le délai de notification pour exprimer son désaccord restant identique dans le cadre des deux accords (délai maximal de 45 jours).

Par ailleurs, les paragraphes suivants de l'A.M.P. relatifs aux consultations, à la modification révisée, à la mise en œuvre des modifications, au retrait d'un champ d'application substantiellement équivalent, aux procédures d'arbitrage pour faciliter la levée des objections et aux attributions du Comité ne sont pas mentionnées à l'article 19.18.

Enfin, comme dans le cadre de l'A.M.P., le texte de l'A.E.C.G. établit un Comité sur les marchés publics<sup>242</sup>. Cependant, alors que l'A.M.P. prévoit la réunion du Comité au moins annuellement, l'A.E.C.G. établit que le Comité se réunira au besoin « afin de permettre aux Parties d'échanger sur des sujets ayant trait au fonctionnement du présent chapitre ou à la réalisation de ses objectifs, et pour exercer les autres attributions qui peuvent lui être confiées par les Parties »<sup>243</sup>. Le texte de l'A.E.C.G. n'impose donc aucun cycle de réunions.

---

<sup>239</sup> *Ibid* art 19.18 para 5.

<sup>240</sup> Accord sur les marchés publics révisé, *supra* note 79 art XIX para 2.

<sup>241</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part*, *supra* note 62 art 19.18 para 4.

<sup>242</sup> *Ibid* art 19.19.

<sup>243</sup> Voir Note 82

Toutefois, on peut penser que le Comité sur les marchés publics de l'A.E.C.G. se réunira plus d'une fois par an, du moins à ses débuts, pour assurer la mise en place progressive des modalités de fonctionnement du Chapitre 19 entre les Parties.

A la lecture comparée du chapitre 19 avec les dispositions de l'A.M.P. on observe donc l'absence de modification majeure d'un point de vue formel. Cela signifie que le Canada et l'U.E. ont souhaité adopter un cadre réglementaire sur le modèle de l'A.M.P. A présent, il convient de s'interroger sur les effets du développement des A.C.R. sur la réglementation des marchés publics.

#### B) Réglementation des marchés publics et développement des A.C.R.

L'importance des dispositions relatives aux marchés publics contenues dans les A.C.R. est multiple. Les A.C.R. affectent, tout d'abord, la performance d'un secteur économique clé en termes de développement économique et de croissance<sup>244</sup>, dans la mesure où leur développement favorise la libéralisation du secteur des marchés publics<sup>245</sup>.

Le développement de l'approche bilatérale en matière de marchés publics contribue également au phénomène de multilatéralisation de la réglementation des marchés publics. En effet le plus souvent, les dispositions sur les marchés publics dans les A.C.R. sont reprises de l'A.M.P., et ce même si ces A.C.R. ne sont pas conclus par des signataires à l'A.M.P.

Dans ce cas certains membres de l'O.M.C. sont amenés à adopter de manière indirecte la réglementation plurilatérale, l'influence de l'A.M.P. s'étend alors au-delà de ses simples signataires. Par la diffusion des règles de l'A.M.P.<sup>246</sup> aux non signataires, le développement des A.C.R. contribue au phénomène de convergence des règles et constitue donc un vecteur

---

<sup>244</sup> Robert D Anderson et al, *supra* note 205 à la p 561.

<sup>245</sup> Le développement des A.C.R. contribue à la libéralisation du secteur des marchés publics. Il convient d'analyser ce phénomène à l'aune de l'A.E.C.G. dans le cadre du chapitre 2.

<sup>246</sup> *The relationship between services trade and government procurement commitments: insights from relevant WTO agreements and recent RTAs*, *supra* note 93 à la p 14.

d'avancement de la multilatéralisation de la réglementation des marchés publics entre les États<sup>247</sup>.

Dans le même temps, le développement des A.C.R. peut favoriser un accroissement du nombre des Parties à l'A.M.P. lorsque les dispositions contenues dans les deux Accords sont identiques. En effet, la première étape en vue d'adhérer à l'A.M.P. consiste pour un État à conformer sa législation à la réglementation de l'A.M.P.

Un troisième phénomène lié au développement de l'approche bilatérale est l'effet domino. Certes, la mise en place d'un A.C.R. au départ est constitutif de blocs discriminatoires au sein desquels les échanges préférentiels mettent à mal l'avantage comparatif potentiel de pays tiers<sup>248</sup>, cependant leur prolifération étend progressivement l'accès préférentiels à de nouveaux marchés<sup>249</sup>.

Ainsi, à titre d'exemple, suite à l'élargissement de l'U.E. de 15 à 25 États, les Parties à l'A.M.P., au départ, avaient rencontré une plus forte concurrence sur les marchés publics au sein de l'U.E. car certains nouveaux membres n'étaient pas encore partie à l'A.M.P. Les Parties à l'A.M.P. ont alors fait pression afin que les dix nouveaux membres de l'U.E. adhèrent à l'A.M.P.<sup>250</sup>.

De manière générale les Parties à l'A.M.P. et/ou à l'A.L.E.N.A. comme le Canada et l'U.E. négocient des valeurs de seuil équivalentes dans leurs accords commerciaux régionaux et ce afin d'éviter toute discorde en termes de niveaux de seuils applicables entre les Accords et l'adoption de coûts supplémentaires<sup>251</sup>.

L'approche bilatérale en matière de marchés publics n'est donc pas incompatible avec l'approche plurilatérale de l'A.M.P. Au contraire, les deux approches semblent se compléter

---

<sup>247</sup> *Ibid* à la p 2.

<sup>248</sup> Sungjoon Cho, *supra* note 13 à la p 449.

<sup>249</sup> Pascal Lamy, *supra* note 31.

<sup>250</sup> Rapport sur le commerce mondial, 2011, *Le système commercial multilatéral et les accords commerciaux préférentiels* à la p 8.

<sup>251</sup> Robert D Anderson et al, *supra* note 205 à la p 643.

ce qui va dans le sens d'une idée assez ancienne, formulée par le G.A.T.T. de 1947, qui encourageaient déjà les Parties contractantes à développer « par le moyen d'accords librement conclus, une intégration plus étroite des économies des pays participant à de tels accords »<sup>252</sup>.

Quid à présent de la libéralisation du secteur des marchés publics à l'aune du développement des Accords commerciaux régionaux ? A travers l'exemple de l'A.E.C.G., l'objectif du chapitre 2 vise à déterminer si cet accord conclu entre le Canada et l'Union européenne libéralise le secteur des marchés publics au regard des engagements consentis par les deux Parties à l'A.M.P.

---

<sup>252</sup> GATT de 1947, *supra* note 10 art 24.4. A condition que de telles intégrations régionales n'entraînent pas d'effets néfastes à l'encontre des États tiers.

## Chapitre 2 : La libéralisation des marchés publics à l'aune de l'A.E.C.G.

Le premier rapprochement contemporain des économies canadiennes et européennes remonte à 1959 avec la signature d'un Accord bilatéral en matière d'énergie atomique<sup>253</sup>. Mais il faut attendre les années 1970 et la signature de l'Accord-cadre de coopération commerciale et économique<sup>254</sup> pour que débute une relation véritablement bilatérale entre les deux Parties.

A cette époque, l'intérêt pour le Canada est de diversifier ses relations économiques extérieures et ainsi limiter toute dépendance et donc toute forme de vulnérabilité à l'égard de l'économie américaine<sup>255</sup>.

Les années 1980 et 1990, marquent l'instauration d'un dialogue politique entre les deux Parties avec l'adoption, notamment d'une Déclaration sur les relations transatlantiques Canada-Communautés européennes, en 1990<sup>256</sup>. Une nouvelle Déclaration politique en

---

<sup>253</sup> Cet Accord marque le début des relations économiques et commerciales formelles entre les deux Parties. Voir *Accord de coopération entre le gouvernement du Canada et la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM) concernant les utilisations pacifiques de l'énergie atomique*, 1959/22 RTC, 6 octobre 1959.

<sup>254</sup> *Accord-cadre de coopération commerciale et économique entre le Canada et les Communautés européennes*, 1976/35 RTC, juillet 1976.

<sup>255</sup> Cette politique canadienne de diversification des partenaires économiques porte le nom de politique dite de la « 3ème option ». Voir Michèle Rioux, *Dossier économique - Introduction : liens transatlantiques et régionalismes*, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, Université du Québec à Montréal, Juin 2002.

<sup>256</sup> Cette déclaration instaure un véritable cadre institutionnel avec la tenue, à chaque semestre, de sommets et de rencontres ministériels qui abordent toute sorte de problématiques internationales. Voir « Déclaration sur les relations transatlantiques Canada-Communauté européenne (1990) », en ligne : Gouvernement du Canada <[http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce\\_international/transatlantic-transatlantique.aspx?lang=fra](http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce_international/transatlantic-transatlantique.aspx?lang=fra)> (consulté le 7 mai 2016).

1996<sup>257</sup> et la multiplication des accords bilatéraux (à titre d'exemple : Accord sur la coopération douanière et l'assistance mutuelle en matière douanière en 1997<sup>258</sup>) vont donner un nouvel élan à cette relation bilatérale.

Il reste que de telles initiatives ont eu un impact mineur sur le rapprochement et le développement des relations entre le Canada et l'Union européenne, les deux Parties ayant davantage opté pour le développement économique régional et un recentrage de leur relation avec les États-Unis<sup>259</sup>.

Dans ce cadre les années 90 marquent le développement des accords régionaux pour les deux Parties. L'U.E. développe ses relations commerciales avec les États-Unis et instaure en parallèle des partenariats économiques avec les États d'Amérique du Sud.

Une nouvelle dynamique s'instaure entre les deux Parties au cours des années 2000 avec l'Accord de Renforcement du Commerce et de l'Investissement. En effet, l'A.R.C.I., dont l'objectif vise à approfondir les relations économiques et commerciales entre le Canada et l'U.E. pose les bases d'une réflexion sur un accord de nouvelle génération<sup>260</sup>.

En parallèle, le Canada et l'Union européenne participent activement à la promotion d'un cadre multilatéral du commerce international. A ce titre, l'UE., tout comme le Canada,

---

<sup>257</sup> « Déclaration politique et Plan d'action commun Canada-Union Européenne 1996 », en ligne : Gouvernement du Canada <[http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce\\_international/joint\\_political-politique\\_conjointe.aspx?lang=fra](http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce_international/joint_political-politique_conjointe.aspx?lang=fra)> (consulté le 4 mai 2016).

<sup>258</sup> *Accord entre la Communauté européenne et le Canada sur la coopération douanière et l'assistance mutuelle en matière douanière*, (1998) L 007 0038-0045, 21998A0113(03), en ligne : L 007 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1400750782190&uri=CELEX:21998A0113%2803%29>> (consulté le 7 mai 2016).

<sup>259</sup> Michèle Rioux, *supra* note 61.

<sup>260</sup> Le champ d'application de ce type d'accord s'étend au-delà des domaines d'accès traditionnels aux marchés comme l'investissement, les services financiers ou encore le commerce électronique.



poursuivent leurs efforts dans les négociations menées dans le cadre de l'A.M.P. notamment avec la Chine, l'Australie<sup>261</sup>, le Brésil ou encore la Russie<sup>262</sup>.

Toutefois, deux éléments ont conduit l'U.E. à refonder sa stratégie commerciale et à l'orienter vers le développement des négociations bilatérales<sup>263</sup>.

D'abord, le Cycle de Doha n'a pas eu les résultats escomptés. Alors que ce dernier avait pour objectif d'accroître la libéralisation des échanges entre les États, les négociations ont buté sur des questions essentielles<sup>264</sup>. Cet échec résulte en partie de la complexité du système commercial international actuel. La libéralisation de ce dernier a bénéficié à de nombreux pays en voie de développement et en transition. Ces derniers jouent désormais un rôle central dans les négociations commerciales.

Ensuite, et ce deuxième élément est la conséquence du premier, la stratégie commerciale des États a muté. La lenteur des négociations multilatérales dans le cadre de l'O.M.C. lié au grand nombre des Parties, et les coûts engendrés par les négociations, ont conduit les Parties à développer en parallèle des accords commerciaux régionaux<sup>265</sup>

---

<sup>261</sup> Cette initiative ne s'opère donc pas au détriment des Parties à l'A.M.P. dans la mesure où elle aurait pour effet d'accroître la valeur intrinsèque des droits d'accès au marché dont bénéficient les fournisseurs des Parties à l'A.M.P. Voir Robert D Anderson et al, *supra* note 54 à la p 23.

<sup>262</sup> *Avis sur la « Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », supra* note 42 à la p 8.

<sup>263</sup> « L'Union européenne et l'Organisation mondiale du commerce » (2016) à la p 4, en ligne : Parlement européen <<http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftuId=index.html>>.

<sup>264</sup> *Ibid* à la p 3.

<sup>265</sup> Dans cette dynamique, s'inscrivent les négociations menées par l'U.E. avec le Japon, la Corée, la Colombie, l'Amérique centrale, la Moldavie, la Géorgie, l'Ukraine ou encore les États-Unis dans le cadre d'un Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (P.T.C.I.).

De son côté, le Canada a opéré un repositionnement stratégique majeur en matière d'économie politique suite à la crise économique et financière<sup>266</sup>. Sans négliger les négociations menées dans le cadre multilatéral de l'O.M.C., le Canada multiplie les accords de libre-échange avec ses partenaires commerciaux comme le Chili<sup>267</sup> ou encore le Pérou<sup>268</sup> à titre d'exemple, et est en cours de négociation avec d'autres, par exemple le Maroc ou encore le Brésil.

Dans ce contexte, un nouveau projet de partenariat économique et commercial entre le Canada et l'U.E. est mis en place. Le résultat des négociations est formalisé lors d'un sommet annuel tenu à Berlin en juin 2007<sup>269</sup>, celui-ci accouche de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'U.E.<sup>270</sup>. Il s'agit d'un accord de libre-échange, assujéti à l'article XXIV du G.A.T.T. de 1947, que l'on qualifie de 3<sup>ème</sup> génération en ce qu'il innove sur de nombreux points notamment en ce qui a trait aux règles d'origine et à la coopération réglementaire<sup>271</sup>.

---

<sup>266</sup> Ce repositionnement s'est opéré à travers la mise en place de trois approches : le maintien de relations commerciales étroites avec les États-Unis, en misant sur l'accroissement des exportations des produits énergétiques et des matières premières, ensuite, la mise en place d'une stratégie articulée autour des notions de « portes et de corridors », enfin, l'adoption en 2009, d'une Stratégie commerciale mondiale (SCM).

<sup>267</sup> Voir l'« Accord de libre-échange Canada - Chili » (14 mai 2002), en ligne : Gouvernement du Canada, Affaires étrangères <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 4 mai 2016).

<sup>268</sup> Voir « Accord de libre-échange Canada - Pérou » (23 novembre 2007), en ligne : Gouvernement du Canada, Affaires étrangères <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/index.aspx?lang=fra&view=d>> (consulté le 4 mai 2016).

<sup>269</sup> *Sommet UE-Canada*, IP/07/755, 4 juin 2007.

<sup>270</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part*, *supra* note 62.

<sup>271</sup> Parmi les autres innovations, on retiendra la participation des provinces canadiennes aux négociations, la couverture des services financiers et du commerce électronique, l'application de la liste négative aux services, les dénominations géographiques ou encore la reconnaissance des qualifications professionnelles. Voir Christian Deblock et David Dagenais, *supra* note 17 à la p 13.

Selon une étude conjointe<sup>272</sup>, une coopération bilatérale accrue entre le Canada et l'U.E. en matière de science et technologie, d'énergie, d'environnement ou encore de transport permettrait de faire état de gains importants<sup>273</sup>.

Ainsi, pour la seule année 2014, un renforcement du partenariat engendrerait des gains du revenu réel de 11,6 milliards d'euros pour l'U.E. et de 8,6 milliards d'euros pour le Canada<sup>274</sup>.

L'A.E.C.G. a été signé le 30 octobre 2016 à Bruxelles en présence de M. Trudeau premier ministre canadien, M. Tusk président du Conseil européen, et M. Junker président de la Commission européenne<sup>275</sup>.

Les deux Parties se sont entendues pour appliquer l'A.E.C.G. de manière provisoire afin de faire face à la lenteur du processus d'adoption de l'Accord, estimé entre deux et cinq ans<sup>276</sup>. Son application définitive est quant à elle subordonnée à la ratification du Parlement européen et aux procédures nationales de ratification de tous les États membres de l'U.E.<sup>277</sup>.

---

<sup>272</sup> « Évaluation des coûts et avantages d'un partenariat économique plus étroit entre l'Union européenne et le Canada », en ligne : Gouvernement du Canada, Affaires mondiales Canada <[www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/study-etude.aspx?lang=fr](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/study-etude.aspx?lang=fr)> (consulté le 7 novembre 2016).

<sup>273</sup> Robert D Anderson et al, *supra* note 54.

<sup>274</sup> Soit l'équivalent d'une progression de 0,08% du P.I.B. de l'U.E. et de 0,77% du P.I.B. pour le Canada. L'étude précise également que la mise en place d'un tel partenariat permettrait la création de 16 000 emplois pour la seule province de Québec.

<sup>275</sup> Le Mondefr, « L'avenir incertain du CETA après la signature du traité » (30 octobre 2016), en ligne : <[http://mobile.lemonde.fr/economie-mondiale/article/2016/10/30/le-ceta-traite-de-libre-echange-entre-l-union-europeenne-et-le-canada-a-ete-signe-a-bruxelles\\_5022713\\_1656941.html?xtref=>](http://mobile.lemonde.fr/economie-mondiale/article/2016/10/30/le-ceta-traite-de-libre-echange-entre-l-union-europeenne-et-le-canada-a-ete-signe-a-bruxelles_5022713_1656941.html?xtref=>)>.

<sup>276</sup> La question de la compétence pour la signature et la conclusion d'accords commerciaux comme l'A.E.C.G. reste en suspens raison pour laquelle la Commission européenne a proposé l'A.E.C.G. comme un accord « mixte ». L'A.E.C.G. pourra s'appliquer de manière provisoire au sein de l'U.E. après approbation du Parlement européen. Voir « La Commission européenne propose la signature et la conclusion d'un accord commercial entre l'UE et le Canada » (5 juillet 2016), en ligne : Commission européenne - Base de données des communiqués de presse <[europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2371\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_fr.htm)>.

<sup>277</sup> Commission européenne, « EU-Canada - Accord économique et commercial global (AECG) », en ligne : <[http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm)> (consulté le 2 novembre 2016).

Au Canada, le droit international n'a pas d'effet direct en droit interne. Par conséquent, l'A.E.C.G. n'aura d'effet juridique contraignant qu'après avoir été ratifié par le gouvernement fédéral<sup>278</sup> et par le gouvernement de chaque province<sup>279</sup>. Ainsi pour la province de Québec par exemple, les ententes internationales doivent pour être valides « [...] être signées par le ministre, approuvées par l'Assemblée nationale et ratifiées par le gouvernement »<sup>280</sup>.

On retrouve cette exigence pour l'ensemble des secteurs d'activité dont la compétence est partagée au niveau fédéral et provincial comme le secteur des marchés publics.

Le secteur des marchés publics s'inscrit pleinement dans cette stratégie de diversification et d'intensification des relations avec les partenaires commerciaux. Le chapitre 19 de l'A.E.C.G est consacré aux marchés publics. Celui-ci couvre les marchés « de marchandises, de services ou d'une combinaison des deux passé[s] pour les besoins des pouvoirs publics, par tout moyen contractuel, dont la valeur dépasse les seuils d'application prévus par l'Accord »<sup>281</sup>.

A travers l'exemple de l'A.E.C.G., l'objectif de ce chapitre vise à déterminer si le développement des accords commerciaux régionaux participe ou non à une libéralisation accrue du secteur des marchés publics au regard du mécanisme de l'A.M.P. ?

On observe que les engagements consentis par l'U.E. et le Canada diffèrent entre l'A.M.P. et l'A.E.C.G., il convient de les étudier précisément pour déterminer si l'A.E.C.G. œuvre à une libéralisation accrue des marchés publics (section 1), avant de s'intéresser aux effets de l'A.E.C.G. sur un secteur en particulier, le secteur du transport ferroviaire urbain à travers une étude jurisprudentielle (section 2).

---

<sup>278</sup> *Loi constitutionnelle de 1867 (R.U.)*, 30&31 Victoria, c 3 art 91(2).

<sup>279</sup> *Ibid* art 92(8).

<sup>280</sup> *Loi sur le ministère des relations internationales*, RLRQ c M-2511 art 20 par 3.

<sup>281</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part*, *supra* note 62 art 19.2.

## **Section 1 : Des engagements accrus au regard de l'A.M.P.**

En amont de l'adhésion à l'A.M.P. la future Partie doit négocier son offre d'accès aux marchés publics avec les autres Parties. Contrairement aux négociations qui portent sur les modalités d'adhésion d'un nouvel État à l'A.M.P. ou encore celles relatives aux modifications des conditions d'accès d'un État à l'A.M.P., les Parties négocient leur offre d'accès mutuelle aux marchés publics dans un cadre bilatéral plus informel<sup>282</sup>. Ces listes d'engagements négociées avec les autres Parties sont mentionnées à l'Appendice 1 de l'A.M.P.

Est-ce que les listes d'engagements des Parties à l'A.M.P. sont identiques à celles contenues dans les A.C.R. ? Autrement dit, la question est de savoir si l'approche bilatérale favorise une libéralisation accrue du secteur des marchés publics au regard de l'A.M.P. en prenant l'exemple de l'A.E.C.G. pour le Canada et l'U.E.

A travers une étude comparée des Annexes de l'Appendice 1 de l'A.M.P.<sup>283</sup> pour les deux Parties avec celles de l'A.E.C.G., on observe trois évolutions qui vont dans le sens d'un élargissement de l'accès aux marchés publics offerts entre le Canada et l'Union européenne.

On observe, tout d'abord, un assujettissement croissant du nombre d'entités contractantes (paragraphe 1), ensuite une réduction de la valeur des seuils pour accéder aux marchés publics (paragraphe 2). Enfin, la comparaison des annexes permet de faire état d'une réduction significative du nombre d'exceptions au champ d'application de l'A.E.C.G. au regard de l'A.M.P. (paragraphe 3).

### **Paragraphe 1 : Un accroissement du nombre d'entités assujetties**

Le problème de savoir quelle entité publique est couverte par l'A.M.P. est loin d'être évident dans la mesure où la détermination du statut de certains corps, comme les entités

---

<sup>282</sup> Voir Carreau et Juillard, *supra* note 4 à la p 119.

<sup>283</sup> Ces listes d'engagements doivent être traitées de la même manière que les autres dispositions de l'A.M.P. et des autres accords de l'O.M.C. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 arts 31-33.

adjudicatrices indépendantes, les sociétés commerciales appartenant à l'Etat, peut apparaître imprécise, notamment pour celles des économies en transition<sup>284</sup>.

A la lecture comparée de l'A.M.P. avec les principaux A.C.R., on observe que les Parties procèdent généralement aux mêmes engagements, l'ajout d'entités ne s'opérant que dans de rares cas<sup>285</sup>. Dans le cadre de l'A.E.C.G., on observe toutefois un accroissement du nombre d'entités assujetties au regard des annexes 1, 2 et 3 de l'A.M.P.

Ce phénomène doit être étudié en détail en prenant en compte l'évolution de trois catégories distinctes : les entités du gouvernement central (A), les entités des gouvernements sous-centraux (B) et les autres entités (C).

#### A) Un assujettissement croissant des entités du gouvernement central

Il convient d'opérer une distinction entre les entités canadiennes (1) et européennes (2).

##### 1- Les entités canadiennes

Le Canada retient l'approche de la liste positive pour la couverture des entités au titre de l'annexe 1 pour l'A.M.P. et l'A.E.C.G. A première vue, on pourrait suggérer que l'A.E.C.G. n'assujettit pas de nouvelles entités du gouvernement fédéral canadien et ce dans la mesure où

---

<sup>284</sup> Par exemple, il est difficile de s'entendre sur la décision de savoir ce qu'est une entité publique. En effet, chaque Etat a sa conception de la sphère appropriée pour les activités gouvernementales. Cette difficulté est alimentée par le fait que certaines économies sont exclusivement contrôlées par l'Etat alors que pour d'autres, la tendance est à la privatisation. Voir S Arrowsmith, J Linarelli et D Wallace, « The limits of Legal and Importance of the procurement environment » dans *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, London, Kluwer Law International.

<sup>285</sup> De manière générale, les Parties à l'A.M.P. reprennent les mêmes listes d'engagement en termes de couverture des entités au sein de leur A.C.R. Ainsi par exemple, le Japon, l'U.E., l'A.E.L.E., Israël, la Corée et Singapour utilisent généralement leurs annexes 1 -3 dans les A.C.R. et excluent quelque fois l'annexe 2. Voir *The relationship between services trade and government procurement commitments: insights from relevant WTO agreements and recent RTAs*, supra note 93 à la p 40.

les marchés publics fédéraux canadiens étaient déjà couverts par l'A.M.P.<sup>286</sup>. Toutefois, on observe quelques évolutions.

En effet, le nombre d'entités du gouvernement fédéral canadien assujetti est passé de 78 entités assujetties à l'A.M.P. à 98 entités assujetties à l'A.E.C.G. Parmi les nouvelles entités assujetties, on peut citer l'Agence spatiale canadienne. Il reste qu'une partie seulement de l'approvisionnement en produits et en services de cette Agence est visée par l'A.E.C.G.<sup>287</sup>.

## 2- Les entités de l'Union européenne

Comme le Canada, l'U.E. adopte l'approche de la liste positive pour les entités mentionnées à l'annexe 1 de l'A.M.P. et de l'A.E.C.G. Les Annexes 1 des deux Accords, intitulés entités du gouvernement central distinguent la liste des institutions européennes de celle des entités du gouvernement central des États membres de l'U.E. assujetties à l'accord. Une distinction s'impose ici.

Le nombre d'institutions européennes assujetties pour les deux Accords est identique. A chaque fois, les marchés couverts sont ceux passés par le Conseil de l'U.E., la Commission européenne et le Service européen pour l'action extérieur. Autrement dit, avec l'A.E.C.G., les fournisseurs canadiens ne pourront toujours pas soumissionner à un marché passé par le Parlement européen.

S'agissant des entités du gouvernement central des États membres à l'Union européenne, il ne semble pas y avoir de véritable évolution avec l'A.E.C.G. L'Annexe 1 paragraphe 3 précise une information importante :

“[...] For the goods, services, suppliers and service providers of the United States; **Canada**; Japan; Hong Kong, China; Singapore; Korea; Armenia and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu,

---

<sup>286</sup> Accord sur les marchés publics révisé, *supra* note 79 Annexe 1 de l'Appendice 1 pour le Canada.

<sup>287</sup> Cette ouverture est à nuancer. Selon la Note relative à l'Annexe 19-1 de l'A.E.C.G. pour le Canada, paragraphe 1 : « [...] l'approvisionnement en produits et services visés se limite aux télécommunications par satellite, à l'observation de la Terre et aux systèmes mondiaux de navigation par satellite. Cet engagement demeure en vigueur pendant cinq ans après l'entrée en vigueur du présent accord [...] ».

Kinmen and Matsu, procurement by the following central government contracting authorities, provided they are not marked by an asterisk.”

Autrement dit, les marchés publics passés par les entités de l’U.E. qui font l’objet d’un astérisque ne sont pas couverts par l’A.M.P. pour les fournisseurs canadiens<sup>288</sup>. Alors que le nombre d’entités de l’U.E. couverts par l’A.M.P. était de 1 686<sup>289</sup>, leur nombre est passé à 1 789 au titre de l’Annexe 19-1 de l’A.E.C.G., soit une augmentation de 103 entités<sup>290</sup>.

La grande majorité des États de l’U.E. ne fait que reprendre les listes des entités soumises à l’annexe 1 de l’A.M.P. C’est le cas de l’Allemagne, du Portugal ou encore de l’Irlande. Ces États soumettent le même nombre d’entités du gouvernement central.

Pour une minorité d’États, en revanche, on observe une évolution du nombre d’entités du gouvernement central : ainsi, le nombre d’entités du gouvernement central de la France s’est accru, passant de 183 au titre de l’A.M.P. à 211 au titre de l’A.E.C.G. De même, le nombre d’entités assujetties pour le R.-U. est passé de 161 à 182 avec l’A.E.C.G.

A la comparaison de l’Annexe 1 de l’A.M.P. avec l’Annexe 19-1 de l’A.E.C.G., on observe donc un léger accroissement du nombre d’entités couvertes, cet accroissement est relatif dans la mesure où ces entités étaient déjà tenues de respecter les principes cardinaux de l’A.M.P.

---

<sup>288</sup> Pour déterminer s’il y a un accroissement ou non du nombre d’entités du gouvernement central des États membres de l’U.E. en faveur du Canada, toutes les entités avec un astérisque à l’Annexe 1 de l’A.M.P. n’ont pas été comptabilisées.

<sup>289</sup> Calcul du nombre d’entités du gouvernement central des États membres de l’U.E. : 25 (Belgique) + 107 (Bulgarie) + 40 (République Tchèque) + 22 (Danemark) + 15 (Allemagne) + 55 (Estonie) + 33 (Irlande) + 52 (Grèce) + 17 (Espagne) + 183 (France) + 39 (Croatie) + 19 (Italie) + 73 (Chypre) + 27 (Lettonie) + 128 (Lituanie) + 29 (Luxembourg) + 10 (Hongrie) + 16 (Malte) + 116 (Pays-Bas) + 111 (Autriche) + 20 (Portugal) + 65 (Roumanie) + 36 (Slovénie) + 33 (Slovaquie) + 88 (Finlande) + 166 (Suède) + 161 (Grande-Bretagne) = 1 686

<sup>290</sup> Calcul du nombre d’entités du gouvernement central des États membres de l’Union européenne : 25 (Belgique) + 109 (Bulgarie) + 40 (République Tchèque) + 21 (Danemark) + 15 (Allemagne) + 55 (Estonie) + 33 (Irlande) + 53 (Grèce) + 17 (Espagne) + 211 (France) + 39 (Croatie) + 19 (Italie) + 80 (Chypre) + 27 (Lettonie) + 158 (Lituanie) + 19 (Luxembourg) + 10 (Hongrie) + 16 (Malte) + 117 (Pays-Bas) + 112 (Autriche) + 20 (Portugal) + 70 (Roumanie) + 36 (Slovénie) + 35 (Slovaquie) + 101 (Finlande) + 168 (Suède) + 182 (Grande-Bretagne) = 1 686 entités



Qu'en est-il à présent de l'évolution du nombre d'entités des gouvernements sous-centraux entre l'A.M.P. et l'A.E.C.G. pour le Canada et pour l'Union européenne ?

B) Un assujettissement croissant des entités des gouvernements sous-centraux

De la même manière, il convient d'étudier successivement les entités canadiennes (1) puis européennes (2).

1- Les entités canadiennes

Au titre de l'annexe 2 de l'A.M.P., les entités provinciales ont adopté une approche hybride qui comporte une sélection volontaire d'entités assujetties et l'exclusion explicite de certaines d'entre elles. A ce titre, la grande majorité des provinces assujettit l'ensemble des ministères et organismes situés sur leur territoire.

Par exemple, l'annexe 2 de l'A.M.P. assujettit « tous les ministères, organismes, offices, conseils, comités, commissions et organismes gouvernementaux similaires » de la Colombie-Britannique. Il en est de même pour Manitoba ou encore l'Île du Prince-Édouard à titre d'exemples.

L'approche retenue au titre de l'annexe 19-2 de l'A.E.C.G. est identique, toutefois on observe l'assujettissement de nouvelles entités sous-centrales. Ainsi, dorénavant les marchés publics passés par les administrations provinciales, locales, municipales et de districts seront soumis aux dispositions relatives à la passation des marchés publics de l'A.E.C.G. Or il s'agit là d'une évolution notable en termes d'ouverture des marchés publics au regard de l'A.M.P.

De même, il convient de souligner une autre évolution importante avec l'assujettissement de toutes les entités opérant dans le secteur « MASH » à savoir les municipalités, les universités, les écoles et les hôpitaux pour toutes les provinces. Ainsi à titre d'exemple, l'annexe 19-2 pour Manitoba précise que la présente annexe couvre l'ensemble :

1. *des ministères, offices, commissions, comités et organismes publics similaires;*
2. *des municipalités et organisations municipales;*

3. *des commissions scolaires et des organismes responsables de l'enseignement, de la santé et des services sociaux bénéficiant d'un financement public.*<sup>291</sup>

Autre exemple, la province d'Ontario précise par exemple l'assujettissement :

1. [...]
2. *des commissions scolaires et des organismes responsables de l'enseignement, de la santé et des services sociaux bénéficiant d'un financement public;*
3. *des municipalités, [...]*

Seule la province de Québec ne précise pas l'assujettissement des entités opérant dans le secteur « MASH » au sein de l'annexe 19-2 de l'A.E.C.G.

De manière générale, le nombre d'entités s'accroît avec l'A.E.C.G. mais il n'est pas possible de donner un chiffre précis sur le nombre d'entités accrue pour chaque province au regard de l'A.M.P.

En effet, la plupart des provinces, à l'image de Québec, précise un assujettissement de « tous les ministères et organismes gouvernementaux »<sup>292</sup> ainsi que celui de « tous les organismes parapublics »<sup>293</sup>. Seules quelques provinces, à l'image de Yukon donne un chiffre précis sur le nombre d'entités assujetties à l'annexe 19-2 de l'A.E.C.G. (14 Ministères et 1 seul organisme).

---

<sup>291</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part, supra note 62* Annexe 19-2- Entités des gouvernements sous-centraux pour le Canada, paragraphe 1.

<sup>292</sup> Selon l'annexe 19-2 de l'A.E.C.G., la notion d'« Organisme public » s'entend de toute entité définie aux alinéas (2) à (4) du premier paragraphe de l'article 4 de la Loi sur les contrats des organismes publics (L.R.Q, c. C-65.1), y compris l'Agence du revenu du Québec, ainsi que des personnes définies au deuxième paragraphe de cet article, à l'exception des organisations et des personnes mentionnées à l'article 5 de la Loi.

<sup>293</sup> Selon l'annexe 19-2 de l'A.E.C.G., la notion d'« Organisme parapublic » s'entend des municipalités, organisations municipales et organes définis aux alinéas (5) et (6) du premier paragraphe de l'article 4 de la Loi sur les contrats des organismes publics, y compris les personnes morales ou autres entités détenues ou contrôlées par un ou plusieurs organismes parapublics.

On peut, à titre d'exemple déterminer l'assujettissement de 65 nouvelles entités au regard de l'A.M.P. pour le Nouveau-Brunswick<sup>294</sup>.

L'annexe 19-2 de l'A.E.C.G. pour le Canada accroît le nombre d'entités assujetties au regard de l'annexe 2 de l'A.M.P. Il en résulte une offre d'accès privilégiée au profit des entreprises européennes pour les marchés publics passés par les entités provinciales et municipales. Or, la valeur de ces marchés est considérable.

En 2011, la valeur des marchés passés par les entités provinciales étaient de 20 milliards \$CAN et celle des marchés passés par les entités municipales de l'ordre de 112 \$CAN<sup>295</sup>. Qu'en est-il à présent de l'ouverture d'accès au marché offert par l'U.E. au titre de l'annexe 19-2 de l'A.E.C.G. ?

## 2- Les entités de l'U.E.

L'annexe 2 de l'A.M.P. pour l'U.E. adopte l'approche de la liste positive et assujettit deux types d'entités : les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux<sup>296</sup> et les organismes de droit public et leurs groupements au sens du droit communautaire<sup>297</sup>. A titre d'exemple, le Centre hospitalier de Mons, la Banque de France ou encore la National Research Development Corporation du gouvernement Britannique sont des organismes de droit public<sup>298</sup>.

---

<sup>294</sup> Le nombre d'entités assujetties au titre de l'annexe 2 de l'A.M.P. est de 34 contre 99 à l'annexe 19-2 de l'A.E.C.G. pour le Nouveau-Brunswick.

<sup>295</sup> David A Collins, *supra* note 227 à la p 2.

<sup>296</sup> Par "Pouvoirs adjudicateurs sous-centraux", on entend tous les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des autorités publiques centrales. Voir *Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE*, *supra* note 183 Art 1 para 1.

<sup>297</sup> Les trois éléments constitutifs de l'organisme de droit public sont la création spécifique en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général autre qu'industriels et commerciaux, la dotation de la personnalité juridique, enfin être sous influence publique. Voir *Ibid* Art 2 para 4.

<sup>298</sup> Pour la liste des organismes de droit public et leurs groupements au sens du droit communautaire, voir *Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* annexe 1.

Dans la mesure où le Canada n'assurait pas aux entreprises de l'U.E. « un accès comparable et effectif aux marchés considérés », l'U.E. n'étendait pas le bénéfice des dispositions de l'A.M.P. « en ce qui concerne les marchés passés par les entités mentionnées à l'Annexe 2 aux fournisseurs et aux prestataires de services du Canada »<sup>299</sup>.

La classification de l'annexe 19-2 de l'A.E.C.G. est identique à celle de l'A.M.P. avec une précision apportée sur la liste des pouvoirs adjudicateurs des collectivités territoriales<sup>300</sup>. L'annexe 19-2 de l'A.E.C.G. retient la même définition des organismes de droit public au sens du droit communautaire.

Toutefois désormais, les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs des collectivités territoriales et les organismes de droit public tels que définis par la directive 93/37 seront ouverts aux fournisseurs et aux prestataires de services canadiens.

Les marchés publics passés par les entités des gouvernements sous-centraux européens étaient déjà ouverts à la concurrence internationale au titre de l'A.M.P. mais pas au bénéfice des fournisseurs et prestataires de services canadiens, et ce conformément au principe de réciprocité.

L'A.E.C.G. constitue donc une évolution notable en termes d'ouverture des marchés publics passés par les entités sous-centrales, de par la volonté du Canada d'ouvrir les marchés passés par la quasi-totalité des administrations locales (provinciales, territoriales, municipales et hospitalières) au profit des fournisseurs et prestataires de services européens.

Qu'en est-il, enfin, de l'évolution du nombre des entités canadiennes et européennes au titre de l'Annexe 3 de l'A.M.P. et 19-3 de l'A.E.C.G. ?

---

<sup>299</sup> *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 38 Appendice I pour l'U.E., Notes générales et dérogations aux dispositions de l'art 3.

<sup>300</sup> *Règlement du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 relatif à l'établissement d'une nomenclature commune des unités territoriales statistiques (NUTS)*, JO L154, 21 juin 2003. Parmi les entités contractantes, la Région de Bruxelles, la Région Ile-de-France, et la Communauté de Madrid entrent dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs régionaux, de leurs côtés la ville de Berlin, le Calvados et la ville de Trieste sont des pouvoirs adjudicateurs locaux.

### C) Un assujettissement croissant des « autres entités »

Voyons successivement, les entités canadiennes (1) puis européennes (2).

#### 1- Les entités canadiennes

L'annexe 3 de l'A.M.P. pour le Canada dresse la liste complète des entités soumises au champ d'application de l'A.M.P. Ces entités sont au nombre de 10, parmi elles la Société canadienne des postes, le Musée canadien des civilisations ou encore le Musée des Beaux-arts du Canada.

De son côté, l'Annexe 19-3 de l'A.E.C.G. pour le Canada distingue entre les entités fédérales et les entités provinciales. S'agissant des entités fédérales, « la présente annexe vise toutes les sociétés d'État définies à la partie X de la Loi sur la gestion des finances publiques (LGFP) qui sont tenues de rendre compte au Parlement conformément à l'article 88 de la LGFP »<sup>301</sup>. Par sociétés d'État<sup>302</sup>, on entend à la fois les sociétés d'État mère<sup>303</sup> et les filiales à cent pour cent<sup>304</sup>.

Majoritairement, l'approche retenue au titre de l'annexe 19-3 pour les Provinces est la liste positive. Seule la province du Nouveau-Brunswick mentionne explicitement les entités assujetties à l'annexe 19-3.

Autrement dit, pour la quasi-totalité des provinces, la présente annexe assujettit l'ensemble des sociétés d'État, les entreprises commerciales et les sociétés ou entités détenues ou contrôlées par une administration régionale, locale ou de district. A cela, les notes à l'annexe 19-3

---

<sup>301</sup> Voir la *Loi sur la gestion des finances publiques*, LRC 1985, c F-11.

<sup>302</sup> *Ibid* art 83. On dénombre 35 sociétés d'État. Voir *Ibid* annexe 3.

<sup>303</sup> Par « société d'État mère » on entend toute « Personne morale appartenant directement à cent pour cent à Sa Majesté, à l'exclusion des établissements publics. »

<sup>304</sup> Par « filiale à cent pour cent » on entend toute « personne morale appartenant à cent pour cent à une ou plusieurs sociétés d'État mères, soit directement, soit par l'intermédiaire de filiales dont chacune appartient à cent pour cent, même indirectement, à une ou plusieurs sociétés d'État mères. »

mentionnent l'exclusion de certains marchés passés par la Société d'assurance-dépôts du Canada et la Société immobilière du Canada limitée<sup>305</sup>.

Par conséquent, l'A.E.C.G. accroît de manière substantielle le nombre d'entités canadiennes au titre de l'annexe 19-3 au regard de l'A.M.P., et cela pour le plus grand bénéfice des fournisseurs et prestataires de services européens. Quid des engagements consentis par l'U.E. au profit des fournisseurs canadiens au titre de l'annexe 19-3 de l'A.E.C.G. ?

## 2- Les entités de l'Union européenne

L'annexe 3 de l'A.M.P. vise les autorités adjudicatrices au sens de la directive 93/38/CEE c'est-à-dire les entreprises publiques qui passent des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et sur lesquels « les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent »<sup>306</sup>.

Toutefois, les notes générales de l'U.E. précisent un point essentiel : l'U.E. n'étend pas le bénéfice des dispositions de l'A.M.P. aux entités visées au sens de la directive 93/38/CEE et celles qui passent des marchés dans les secteurs des aéroports, des ports et du transport urbain en faveur du Canada tant que celui-ci n'assure pas aux entreprises de l'Union européenne « un accès comparable et effectif aux marchés considérés »<sup>307</sup>. De telles dérogations persistent dans le cadre de l'A.E.C.G.

A la lecture comparée des annexes 1, 2 et 3 pour le Canada et l'Union européenne, on observe donc que l'A.E.C.G. assujettit de nouvelles entités, il en résulte par conséquent une ouverture accrue des marchés publics notamment au niveau provincial.

---

<sup>305</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part, supra* note 62 Notes afférentes à la section A de l'annexe 19-3 du Canada.

<sup>306</sup> *Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, JO L 199/84 art 2.

<sup>307</sup> *Accord sur les marchés publics révisé, supra* note 79 Notes générales et dérogations aux dispositions de l'article III de l'appendice I de la CE, para 1.

A ce titre, le Ministère de l'économie français précise que « la part des marchés publics canadiens ouverte aux opérateurs européens va passer de moins de 10% à plus de 30% »<sup>308</sup>. Qu'en est-il à présent des secteurs d'activité couverts par l'A.M.P. et l'A.E.C.G. Y'a-t-il une évolution ?

## **Paragraphe 2 : Une ouverture constante des secteurs d'activité**

De manière générale, les engagements consentis par les Parties au sein des A.C.R. sont comparables à ceux de l'A.M.P. La lecture comparée de l'annexe 4 sur les biens, l'annexe 5 sur les services et l'annexe 6 sur les services de construction de l'A.M.P. avec celles de l'A.E.C.G. ne fait pas état d'un accroissement du nombre de secteurs d'activité couverts.

Ainsi pour l'Union européenne, un certain nombre de secteurs demeurent exclus de l'A.E.C.G.<sup>309</sup> dans la droite ligne de l'A.M.P.<sup>310</sup> : certains marchés agricoles, les marchés concernant des activités dans les domaines de l'eau potable, de l'énergie, des transports et des postes, certains marchés relatifs à la construction et à l'entretien de navires etc<sup>311</sup>.

De son côté, le Canada en a fait de même à l'égard de certains marchés comme ceux relatifs à la construction navale et à la réparation de navires, les marchés relatifs aux marchandises agricoles, les marchés de service de transport qui font partie d'un marché, les marchés passés par des entités du Québec portant sur des œuvres d'art d'artistes locaux ou encore les marchés

---

<sup>308</sup> Ministère des finances et des comptes publics, Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, « « Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada-Questions et réponses » », en ligne : Trésor Direction générale <[http://www.tresor.economie.gouv.fr/10864\\_AECG-CETA-questions-reponses](http://www.tresor.economie.gouv.fr/10864_AECG-CETA-questions-reponses)>.

<sup>309</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part*, supra note 62 Annexe 7 – Notes générales pour l'U.E. para 1.

<sup>310</sup> Accord sur les marchés publics révisé, supra note 79 Appendice 1 pour l'U.E., Annexe 7 – Notes générales.

<sup>311</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part*, supra note 62 Annexe 19-7 - Notes générales pour l'U.E. para 1.

passés par les entités contractantes visées aux annexes 1, 2 et 3 concernant les activités dans les domaines de l'eau potable, de l'énergie, des transports et des postes<sup>312</sup>.

Dans le même sens, le Canada a entendu réserver certains marchés aux entreprises autochtones<sup>313</sup> et accorde aux provinces la possibilité de déroger aux dispositions du chapitre 19 « dans le but de promouvoir le développement économique régional »<sup>314</sup>.

### **Paragraphe 3 : Une réduction des valeurs de seuil**

De manière générale, hormis quelques exceptions, la tendance des A.C.R. vise à incorporer des valeurs de seuil identiques à ceux de l'A.M.P.<sup>315</sup>. Pourtant dans le cadre de l'A.E.C.G., les valeurs de seuil formulées en droits de tirage spéciaux ont été revues à la baisse dans le but de favoriser une libéralisation accrue des marchés publics au Canada et dans l'Union européenne à l'intention des fournisseurs et des prestataires de services des deux Parties.

#### **A) Au titre de l'Annexe 1**

Pour le Canada comme pour l'U.E., les valeurs de seuil restent inchangées à l'Annexe 1 intitulé entre l'A.M.P. et l'A.E.C.G. : seuil de 130 000 D.T.S. pour les marchandises/produits, et les services, et seuil de 5 000 000 D.T.S. pour les services de construction.

#### **B) Au titre de l'Annexe 2**

A la lecture de l'Annexe 2 de l'A.M.P. avec celle de l'A.E.C.G., on observe une baisse des valeurs de seuil pour les entités des gouvernements sous-centraux canadiens. Ainsi, le seuil pour les produits et les services a été abaissé de 355 000 à 200 000 D.T.S. dans le cadre de l'A.E.C.G. A l'inverse, la valeur de seuil pour les services de construction reste inchangée (seuil de 5 000 000 D.T.S.).

---

<sup>312</sup> *Ibid* Annexe 19-7-Notes générales, para 1.

<sup>313</sup> *Ibid* Annexe 19-7-Notes générales, para 2.

<sup>314</sup> *Ibid* Annexe 19-7-Notes générales, para 4.

<sup>315</sup> Robert D Anderson et al, *supra* note 205 à la p 635.



Ainsi pour ne prendre l'exemple que de Québec, la valeur des seuils en CAN\$ pour les ministères, organismes gouvernementaux, municipalités et réseaux de l'éducation, de la santé et des services sociaux sont les suivants : seuil d'application de 315 000 \$CAN prévu pour les biens et les services, et seuil d'application de 7 800 000 \$CAN prévu pour les services de construction.

L'Annexe 2 de l'A.M.P. pour l'Union européenne ne distingue pas les valeurs de seuil entre les collectivités publiques et certains organismes de droit public au sens communautaire<sup>316</sup>. Les seuils sont les suivants : 200 000 D.T.S. pour les marchandises/produits et pour les services et 5 000 000 D.T.S. pour les services de construction.

La note à l'annexe 2 précise toutefois que :

*“The EU stands ready to cover easily identifiable categories of bodies governed by public law in annex 2 (active in areas such as: social services, libraries...) under a lower threshold (200K SDR) if Canada demonstrates that the same threshold applies to the same types of entities in Canada.”*

Autrement dit, l'U.E. souhaite abaisser les valeurs de seuil pour les marchés de produits et de services passés par certains organismes de droit public (hôpitaux, écoles, universités, organismes fournissant des services sociaux) au profit des fournisseurs et prestataires de services canadiens, seulement si le Canada est prêt à consentir à un même niveau d'engagements à l'égard des fournisseurs et prestataires de services de l'U.E., et ce conformément au principe de réciprocité.

### C) Au titre de l'Annexe 3

Pour le Canada, les valeurs de seuil restent identiques : seuil de 355 000 D.T.S. pour les marchandises/produits, et pour les services, et seuil de 5 000 000 D.T.S. pour les services de construction.

---

<sup>316</sup> Sont soumis à ces valeurs de seuil, les hôpitaux, les écoles, les universités et les organismes fournissant des services sociaux. Pour les autres organismes de droit public, les seuils sont quelque peu modifiés : seuil de 355 000 D.T.S. pour les marchandises/produits et pour les services, et seuil de 5 000 000 D.T.S. pour les services de construction.

Ainsi, à titre d'exemple, les seuils d'application de l'A.E.C.G. prévus pour les entreprises gouvernementales québécoises seront les suivants : seuil de 560 000 \$CAN pour les marchés de biens et de services et seuil de 7 800 000 \$CAN pour les marchés de services de construction. Une exception est toutefois apportée à la valeur de ces seuils pour Hydro-Québec<sup>317</sup>.

Pour l'U.E., les valeurs de seuil restent également inchangées. Les valeurs de seuil sont les suivantes : 400 000 D.T.S. pour les marchandises/produits et pour les services, et 5 000 000 D.T.S. pour les services de construction.

Autrement dit, après lecture comparée des annexes de l'A.M.P. avec celles de l'A.E.C.G. pour le Canada et l'Union européenne, on observe une libéralisation accrue du secteur des marchés publics entre les deux Parties avec l'ouverture notable des marchés publics passés par les entités des gouvernements sous-centraux aux fournisseurs et prestataires de l'autre Partie.

Après avoir dressé un tableau général de l'ouverture du secteur des marchés publics entre le Canada et l'U.E., il convient de faire état de l'avancée dans un secteur d'activité en particulier à l'aune de l'A.E.C.G. à savoir le secteur du transport ferroviaire urbain.

## **Section 2 : L'ouverture des marchés de transport ferroviaire urbain**

L'objectif de cette deuxième section vise à étudier un cas pratique qui a fait l'objet d'une couverture médiatique importante au Québec à la fin des années 2000, à savoir l'affaire de l'octroi du contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal conclu entre la Société de transport de Montréal (S.T.M.) et le Consortium formé de Bombardier et d'Alstom Canada.

Cette affaire débute en 1999 lorsque la S.T.M. entreprend une étude sur la fabrication de nouvelles voitures de métro dans le cadre d'un prolongement de ses lignes de métro. Jusqu'en 2005, la S.T.M. étudie deux scénarii : le remplacement des voitures MR-63 par de nouvelles

---

<sup>317</sup> Les seuils d'application prévus pour les biens et les services sont de 630 000 \$CAN et de 7 800 000 CAN\$ pour les services de construction.

voitures et la rénovation majeure de celles-ci. La première hypothèse sera retenue. Un processus visant l'acquisition de nouvelles voitures de métro visant à répondre au prolongement des lignes de métro et au remplacement de certaines voitures est donc mis en place.

Après moult tumultes juridiques, cette affaire connaît un dénouement le 7 octobre 2010 avec l'adoption, par l'assemblée nationale de Québec, du projet de Loi n°116, Loi concernant l'acquisition de voitures pour le métro de Montréal<sup>318</sup>.

Il convient d'étudier la procédure d'octroi du contrat au consortium (paragraphe 1) avant de formuler une analyse de celle-ci (paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : La procédure d'octroi du contrat**

L'objectif de cette section vise à s'interroger sur la conformité de la procédure au regard des réglementations canadiennes et québécoises en matière de marchés publics. Il convient de présenter successivement le cadre juridique de la S.T.M. (1), les faits (B), les affaires *Alstom Canada c. la S.T.M.* (C) et *Bombardier et Alstom Canada c. la S.T.M.* (D), enfin le projet de Loi n°116 (E).

### **A) Cadre juridique de la S.T.M.**

En vertu de la Loi sur les sociétés de transport en commun<sup>319</sup>, la S.T.M. est une entreprise publique de transport en commun dont la mission est « d'exploiter une entreprise de transport terrestre guidé par métro dans le territoire de la Communauté métropolitaine de Montréal ».

Ensuite, conformément aux articles 3 et 5 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics<sup>320</sup>, la S.T.M. constitue un organisme municipal. En matière de procédure de passation des marchés publics, la S.T.M. sera donc assujettie à deux lois.

---

<sup>318</sup> PL 116, *Loi concernant l'acquisition de voitures pour le métro de Montréal*, 1re sess, 39e lég, 2010.

<sup>319</sup> *Loi sur les sociétés de transport en commun*, LRQ c S-3001. Le cadre d'étude est purement juridique et nulle considération ne sera avancée sous un angle économique, comme étudier les éventuelles retombées positives et/ou négatives de l'octroi du contrat au Consortium en termes d'emploi au Québec.

La Loi sur les contrats des organismes publics (L.C.O.P.) détermine « les conditions applicables en matière de contrats publics qu'un organisme public peut conclure avec un contractant qui est une personne morale de droit privé, une société en nom collectif, en commandite ou en participation ou une personne physique qui exploite une entreprise individuelle [...] »<sup>321</sup>.

A ce titre, tout organisme public est tenu de respecter certaines exigences en matière de procédure de passation des marchés publics comme la transparence dans les processus contractuels, le traitement intègre et équitable des concurrents ou encore la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics.

De son côté, la Loi sur les sociétés de transports en commun<sup>322</sup> (L.S.T.C.) détermine les modalités de la procédure de passation pour les marchés passés plus précisément par les sociétés de transport.

## B) Faits

Depuis 1999, la S.T.M. avait établi des contacts avec Bombardier et Alstom Canada dans le cadre d'une procédure pré-contractuelle afin que ces derniers « évaluent les besoins futurs des voitures suite au prolongement des lignes 4 et 5 »<sup>323</sup>.

A ce stade, l'objectif de la S.T.M. vise à déterminer l'offre existante la plus à même de répondre à ses futurs besoins<sup>324</sup>. La S.T.M. retient finalement le remplacement des 336

---

<sup>320</sup> *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, LRQ c A-21.

<sup>321</sup> *Loi sur les contrats des organismes publics*, LRQ c C-651 art 1.

<sup>322</sup> *Loi sur les sociétés de transport en commun*, *supra* note 318.

<sup>323</sup> Cette procédure pré-contractuelle consiste, notamment, à réaliser des sondages de marché au profit de la S.T.M. en qualité de fournisseur canadien potentiel et de conseiller. Ces sondages sont un moyen pour la S.T.M. de « connaître les caractéristiques des produits existants sur le marché, obtenir des propositions quant à certains besoins spécifiques ainsi qu'une estimation budgétaire relative à ces produits... ».

<sup>324</sup> C'est dans ce cadre qu'Alstom Canada présente à la S.T.M. des contrats réalisés en Europe en matière de métro sur pneu.

voitures MR-63 par 369 nouvelles voitures plus l'achat de 108 voitures additionnelles dans le cadre du prolongement des lignes 4 et 5, soit un marché global d'acquisition de 477 voitures de métro.

Conformément à la législation provinciale, les dispositions de la L.S.T.C. imposent l'acquisition de ces nouvelles voitures au terme d'un processus d'appel d'offres réalisé sur huit mois<sup>325</sup>. En 2005, la S.T.M. annonce son intention de procéder à un appel d'offres pour « la fourniture des nouvelles voitures de métro ». Bombardier et Alstom Canada y répondent favorablement.

Puis le 11 mai 2006, le Ministre des Transports du Québec demande à la S.T.M. d'entamer « des négociations de gré à gré avec Bombardier Inc. [...] en vue de l'octroi du contrat de renouvellement des 336 voitures de métro [...] ». Une telle décision est motivée par l'atteinte des « objectifs gouvernementaux c'est-à-dire de récolter les meilleures retombées possibles pour le Québec, tout en obtenant un juste prix ».

Il apparaît au terme « d'études rigoureuses et documentées [...] que Bombardier Transport ressort comme le seul fabricant canadien de voitures de métro. ». Sur ce motif, c'est à dire « l'unicité du fournisseur », la S.T.M. formule son intention de recourir à la négociation de gré à gré avec Bombardier Transport pour l'octroi du contrat, sans recourir au préalable à une procédure d'appel d'offres et ce en application de l'article 101.1. de la L.S.T.C.<sup>326</sup>.

Alstom Canada dépose alors deux requêtes devant la Cour supérieure afin de contester la légalité de la procédure d'adjudication du contrat<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> *Loi sur les sociétés de transport en commun*, supra note 318 arts 93 et 95.

<sup>326</sup> Cet article permet de déroger à l'application de la procédure normale d'adjudication d'un contrat dont la valeur dépasse le seuil de 100 000 \$CAN, comme le contrat en l'espèce, en recourant à la négociation de gré à gré.

<sup>327</sup> Le T.C.C.E. n'est pas compétent pour accueillir un recours formé par un candidat évincé d'une procédure de passation d'un contrat passé par une entité au niveau provincial ou municipal.

C) Affaire Alstom Canada c. la S.T.M.

Le 28 juin 2006, Alstom Canada introduit une requête introductive d'instance en jugement déclaratoire pour contester la décision prise par le gouvernement du Québec de négocier de gré à gré avec Bombardier Transport. Pour la partie requérante, la S.T.M. doit procéder à une procédure d'appel d'offres public en application des articles 93 et 95 de la L.S.T.C.

En parallèle, Alstom Canada intente une requête pour l'émission d'une ordonnance de sauvegarde enjoignant à la S.T.M. de s'abstenir de toute discussion ou échange avec Bombardier inc. relativement au contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal. Le 22 mai 2007, la Cour supérieure rejette cette requête<sup>328</sup>.

Sur le fond de l'affaire, la Cour supérieure, dans une décision rendue le 9 janvier 2009 sous la plume de l'Honorable Joël A. Silcoff, retient que la S.T.M. n'a pas respecté la procédure d'appel d'offres exigé par la L.S.T.C.

Pour la Cour, la S.T.M. n'a pas effectué de vérifications suffisamment sérieuses en amont de la décision qui pourraient justifier l'application de l'exception du fournisseur unique. La décision discrétionnaire de recourir de gré à gré avec Bombardier était même imposée d'avance<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> Le Tribunal, présidé par l'Honorable Pierre Jasmin, J.C.S., précise : « *Le Tribunal est d'avis qu'empêcher tout contact entre Bombardier et la S.T.M. aurait pour effet de retarder l'échéancier de plusieurs mois et, par conséquent, la livraison des nouveaux wagons de métro. Un tel retard serait contraire à l'intérêt public et surtout à celui des usagers du métro. Dans les circonstances, l'intérêt public doit primer les intérêts pécuniaires de la requérante. Le Tribunal en vient à la conclusion que la requérante n'a pas établi un droit clair et apparent. Le préjudice dont elle pourrait souffrir n'est pas irréparable et la balance des inconvénients favorise la S.T.M.* »

<sup>329</sup> En effet, la Cour note que les recherches sur l'unicité de fournisseur se sont limitées à la province de Québec alors qu'elles auraient dû couvrir l'ensemble du territoire canadien. La Cour observe également qu'Alstom Canada s'est trouvé dans l'impossibilité de présenter des observations, le 12 avril 2006 lors de sa rencontre avec la S.T.M., afin de faire état de sa capacité à produire les voitures de métro au Canada.

Par ailleurs, la Cour observe que le comportement de la S.T.M. et du gouvernement québécois relativement à son intention de procéder par appel d'offres entre 2004 et 2006 avait créé une expectative légitime.

Même si cette expectative légitime ne peut créer de droits substantifs, le juge retient qu'elle peut créer, comme en l'espèce, des droits procéduraux. Pour cette raison, Alstom Canada était en droit d'attendre que la S.T.M. procède par appel d'offres.

Enfin, même si le gouvernement de Québec retenait comme condition essentielle à sa participation financière que la S.T.M. favorise Bombardier en vue de favoriser l'emploi au Québec, pour le Tribunal, « cette intervention gouvernementale ne saurait constituer une justification légalement acceptable d'un tel renversement par la S.T.M. ».

Pour la Cour, l'application de l'article 93 al.3 par. 2 de la L.S.T.C. par la S.T.M. n'a pas lieu d'être et la procédure d'appel d'offres public s'impose pour l'octroi du contrat de renouvellement des 336 voitures MR-63 du métro de Montréal.

Suite à la décision de la Cour supérieure, et sur la base de l'article 103 L.S.T.C.<sup>330</sup>, la Ministre accorde une permission exceptionnelle à la S.T.M., le 27 avril 2009, qui permet d'octroyer le contrat au Consortium formé de Bombardier et d'Alstom Canada.

Suite à des négociations menées entre le Consortium et la S.T.M. qui aboutissent à des changements substantiels de l'appel d'offres MR-08, la S.T.M. émet un Avis public international, en janvier 2010, par lequel elle déclare son intention de conclure un contrat relatif à l'acquisition de 765 voitures de métro sur pneumatiques assorti d'une option d'acquérir 288 voitures additionnelles.

---

<sup>330</sup> L'application de cet article 103 L.S.T.C. constitue une dérogation à l'application des articles 93 et 95 L.S.T.C. Il confère au ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire le pouvoir d'octroyer un contrat à une société ou à un Consortium, aux conditions qu'il détermine, et ce sans la demande de soumission préalable.

A l'expiration du délai prévu par l'avis, le 1<sup>er</sup> mars 2010, la S.T.M. indique avoir reçu deux expressions d'intérêt : la première en provenance de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., la seconde en faveur de la Société Locomotive Electrique ZhuZhou CSR.

Le 26 mars 2010, l'entreprise C.A.F. fait part de sa volonté d'être traité équitablement par la S.T.M. dans le dossier du contrat des voitures de métro. Ainsi, dans un article du journal *Le Devoir*, le constructeur espagnol rappelle l'exigence du respect du principe d'équité qui s'impose en matière d'adjudication des contrats publics conformément à la L.C.O.P.<sup>331</sup>

Suite à la qualification de l'entreprise espagnole pour l'octroi du contrat, dans la mesure où celui-ci remplit toutes les conditions imposées par la S.T.M., le Consortium décide le dépôt, le 19 mai 2010, d'une requête introductive pour jugement déclaratoire devant la Cour supérieure.

#### D) Bombardier et Alstom Canada c. la S.T.M.

Dans sa requête, le Consortium « demande que le Tribunal déclare la nullité de l'Avis international dont le texte ne serait pas conforme aux exigences de la Lettre d'autorisation, et par voie de conséquence, de cesser le processus d'évaluation présentement en cours au sujet de la manifestation d'intérêt de la CAF ».

Dans un arrêt rendu le 30 juin 2010, la Cour supérieure du Québec rejette la requête introductive pour jugement déclaratoire des demandereses Bombardier et Alstom<sup>332</sup>.

La requête n'établit pas que la S.T.M. a initié un processus d'analyse des manifestations d'intérêt qui soit contraire aux exigences de la Lettre d'autorisation et estime qu'il est dans l'intérêt public de laisser la S.T.M. terminer son travail d'analyse de la manifestation d'intérêt de CAF et prendre la décision appropriée avant de critiquer celle-ci, le cas échéant.

---

<sup>331</sup> Jeanne Corriveau, « CAF veut être traité équitablement par la STM », *Le Devoir* (26 mars 2010).

<sup>332</sup> En effet, selon la Cour : « *Le Tribunal estime qu'il n'existe pas, à ce stade et à la lumière des faits tenus pour avérés dans la requête pour jugement déclaratoire, de motifs suffisants qui justifient une intervention précoce de la Cour. Au contraire, une intervention à ce stade comporterait des inconvénients non négligeables puisque celle-ci risquerait d'interférer dans le déroulement normal du processus mis en place par l'administration publique tout en se révélant possiblement inutile* ».



#### E) Projet de Loi n°116

Le 7 octobre 2010, l'Assemblée nationale adopte le Projet de Loi n°116, Loi concernant l'acquisition de voitures pour le métro de Montréal.<sup>333</sup> Cette Loi impose à la S.T.M. de conclure un contrat de gré à gré avec Bombardier et Alstom Canada ayant pour objet l'acquisition de 468 voitures de métro sur pneumatique.

Ensuite, ses dispositions excluent toute action en justice formée contre la S.T.M. pour des actes « accomplis entre le 31 juillet 2008 et le 8 octobre 2010 concernant l'acquisition projetée de voitures de métro par la Société ou, encore, pour tout autre acte accompli en vertu de la présente loi ». Finalement, le 22 octobre 2010, le contrat de fabrication de 468 voitures MPM-10 est octroyé au Consortium Bombardier-Alstom Canada<sup>334</sup> en application du critère de fournisseur unique au Canada en faveur du Consortium.

Qu'en est-il de cette décision d'un point de vue de la conformité du droit au regard de la législation québécoise et des engagements internationaux liant la province de Québec ?

### **Paragraphe 2 : Analyse de la procédure**

Il convient d'analyser la procédure d'octroi du contrat au regard du droit québécois (A) et des engagements internationaux du Canada (B), avant de s'intéresser aux effets de l'A.E.C.G. sur le secteur du transport ferroviaire urbain au Québec (C).

#### A) Au regard du droit québécois

Dans une lettre adressée le 15 octobre au 1<sup>er</sup> ministre du Québec, au Ministre de la Justice du Québec et au Ministre des transports, le Barreau du Québec est « préoccupé par la rétroactivité et par l'immunité de poursuite prévues dans cette loi ».

En effet, l'article 4 de la Loi n°116 dispose en ces termes :

---

<sup>333</sup> *Loi concernant l'acquisition de voitures pour le métro de Montréal, supra* note 317.

<sup>334</sup> Cette décision est justifiée en ce que « Les achats effectués par les sociétés de transport ne sont pas assujettis par les règles régissant le commerce international et qu'à titre de fournisseur unique au Canada, le consortium n'est pas visé par les lois applicables et les accords commerciaux auxquels le Québec est lié ».

« Aucune action en justice ne peut être intentée ou continuée contre la Société de transport de Montréal ou le procureur général pour des actes accomplis entre le 31 juillet 2008 et le 8 octobre 2010 concernant l'acquisition projetée de voitures de métro par la Société ou, encore, pour tout autre acte accompli en vertu de la présente loi ».

La lettre du Barreau entend rappeler que, même si l'ordre public le commande, l'adoption de lois rétroactives porte atteinte à la sécurité juridique et à la prévisibilité de la règle de droit, et que dès lors, une telle rétroactivité de la loi ne doit en aucune manière se généraliser.

Ensuite, le Barreau estime qu'une atteinte a été portée à la primauté du droit et au principe de l'égalité devant la loi, en ce que la Loi n°116 instaure une immunité de poursuite « contre la S.T.M. et le procureur général pour des actes accomplis entre le 31 juillet 2008 et le 8 octobre 2010 concernant l'acquisition projetée de voitures de métro par la Société ou, encore, pour tout autre acte accompli en vertu de la présente loi ».

Enfin, le Barreau rappelle l'obligation qui incombe au pouvoir exécutif et législatif de respecter, dans la limite du possible, le principe de transparence dans le processus d'adoption des lois.

Qu'en est-il à présent de l'intégrité du processus de traitement des concurrents suite à l'émission de l'avis de marché international par la S.T.M. ?

Selon l'article 2 L.C.O.P., la procédure d'octroi des contrats par les organismes publics comme la S.T.M. doit respecter certains principes comme « la transparence, le traitement intègre et équitable des concurrents et la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres d'organismes publics ».

Le constructeur espagnol Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (C.A.F.), qui avait déposé un dossier de candidature s'interroge sur le respect « des principes d'équité dans le processus d'octroi du contrat visant le remplacement des voitures du métro de Montréal ».

Selon ce dernier, en sus du dossier de candidature, la S.T.M. avait fait parvenir quatorze questions dont certaines incluaient des informations non requises par l'appel d'offre original, à un stade peu avancé de la procédure, et dans un bref délai de six jours. Les deux décisions rendues par la Cour n'évoquent pas le sujet.

Ensuite, l'article 103 L.S.T.C. confère au Ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire la possibilité d'accorder, aux conditions qu'il détermine, une permission exceptionnelle à une société de transport en commun en vue d'octroyer un contrat et ce sans demander des soumissions au préalable<sup>335</sup>.

Toutefois, suite aux changements substantiels portant sur les éléments de l'appel d'offres MR-08<sup>336</sup>, les conditions de l'appel d'offres ont été modifiées. Conformément à la Condition 3 de la Lettre d'autorisation, la S.T.M. émet un avis public international.

Or il est prévu que « dans le cas où au moins une telle entreprise manifeste son intérêt dans le délai imparti, la Société devra faire un appel d'offre public ». Telle est la situation du constructeur espagnol C.A.F. qui avait manifesté son intention de concourir à l'appel d'offres pour l'octroi du renouvellement des voitures du métro de Montréal.

Autrement dit, la S.T.M. avait entendu respecter le processus d'adjudication du contrat avant l'intervention du gouvernement québécois, par l'intermédiaire de la Loi n°116 qui octroie unilatéralement le contrat au Consortium.

#### B) Au regard du droit international

La procédure d'octroi du contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal au Consortium a respecté l'ensemble des engagements internationaux pris par la province de Québec.

Au regard de l'Accord sur les marchés publics avec les États-Unis, tout d'abord qui exclut de son champ d'application les marchés de « chemins de fer urbains et matériel de transport

---

<sup>335</sup> Il s'agit là d'une exception au principe énoncé aux articles 93 et 95 L.S.T.C. selon lequel tout contrat public, qui comporte une dépense de 100 000 \$CAN ou plus, doit faire l'objet d'une demande de soumission faite par la voie d'annonce publiée dans un journal diffusé sur le territoire de la société.

<sup>336</sup> En effet, les négociations menées entre le Consortium et la S.T.M. ont apporté des changements substantiels à l'appel d'offres MR-08 dans la mesure où le contrat prévoit l'acquisition non plus de 336 mais de 765 voitures de métro sur pneumatique assorti d'une option d'acquérir 288 voitures additionnelles.

urbain, systèmes, composants et matériaux entrant dans leur fabrication, ainsi que tout le matériel en fer ou en acier destiné à des ouvrages; [...] »<sup>337</sup>.

On retrouve une telle disposition au sein de l'A.L.E.N.A.<sup>338</sup> mais également au sein des accords de libre-échange conclu avec le Chili, la Corée, le Pérou, la Colombie, Panama ou encore le Honduras.

Au regard de l'A.M.P., à présent, le site internet de l'O.M.C., rappelle que « les principes et règles de procédure mentionnés dans le texte de l'Accord ne s'appliquent pas automatiquement à toutes les activités de passation de marchés de chaque Partie.

Seules les activités figurant dans les listes des Parties relatives au champ d'application doivent être menées conformément aux règles de l'AMP ». Les listes de chaque partie définissent les termes de l'engagement contracté par la Partie en question<sup>339</sup>.

Or, la S.T.M. n'est ni mentionnée au titre de l'annexe 2 relative aux entités des gouvernements sous-centraux ni au titre de l'annexe 3 relative aux autres entités pour le Canada. Par ailleurs, il apparaît que le Canada ait entendu exclure de manière spécifique le secteur du transport ferroviaire urbain du champ d'application de l'A.M.P. :

*« 1. Nonobstant les présentes annexes, l'accord n'est pas applicable dans les cas suivants :*

*a) [...]*

*b) chemins de fer urbains et matériel de transport urbain, systèmes, composants et matériaux entrant dans leur fabrication, ainsi que tout le matériel en fer ou en acier destiné à des ouvrages ; »*<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique en matière de marchés publics, *supra* note 154 Notes générales pour le Canada, para 1.b].

<sup>338</sup> Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n°2 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994) Notes générales pour le Canada, paragraphe 1(c).

<sup>339</sup> Ces listes sont au nombre de sept : entités du gouvernement central, entités des gouvernements sous-centraux, autres entités, marchandises, services, services de construction, et notes générales.

Cette exclusion couvre donc l'ensemble du secteur du service de transport ferroviaire urbain auquel se rattache le contrat d'acquisition des voitures du Métro de Montréal entre la S.T.M. et le Consortium.

Ainsi, la décision discrétionnaire prise par le gouvernement québécois d'octroyer le contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal à un Consortium formé des entreprises Alstom Canada et Bombardier, sans avoir émis d'avis d'appel d'offre international, est tout à fait conforme, dans le cas d'espèce, aux engagements internationaux du Canada.

Il s'agit d'une décision politique qui pose l'éternel débat entre les avantages et les inconvénients de la libéralisation d'un secteur d'activité, en l'espèce le secteur du transport ferroviaire urbain.

Il reste que le contrat a été octroyé à un Consortium formé d'une entreprise canadienne et d'une entreprise européenne.

Par ailleurs, cette décision ne semble pas avoir porté préjudice à Bombardier pour l'acquisition de nouveaux contrats de transports ferroviaires urbains sur le sol européen dans un avenir proche, comme en témoigne les résultats attendus de l'appel d'offres du contrat du RER nouvelle génération, qui prévoit l'acquisition de 270 « RER NG » par la S.N.C.F. et la Région Ile-de-France<sup>341</sup>.

A partir d'une analyse juridico-fictive, on peut s'interroger sur les effets futurs de l'A.E.C.G. en matière de transport ferroviaire urbain à la lumière du contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal.

---

<sup>340</sup> Accord sur les marchés publics révisé, *supra* note 79 Appendice 1 pour le Canada, Notes générales, paragraphe 1 (b).

<sup>341</sup> A ce sujet, voir « Appel d'offres - Le consortium Alstom-Bombardier seul en lice pour les futurs RER », en ligne : Libération <[www.liberation.fr/futurs/2016/11/01/le-consortium-alstom-bombardier-seul-en-lice-pour-les-futurs-rer\\_15](http://www.liberation.fr/futurs/2016/11/01/le-consortium-alstom-bombardier-seul-en-lice-pour-les-futurs-rer_15)> (consulté le 2 novembre 2016). Voir également « Alstom-Bombardier pressenti pour le RER NG », en ligne : Le Figaro.fr <[www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/10/28/97002-20161028FILWWW00279-l-enorme-contrat-du-rer-ng-pourrait-etre-attribue-a-alstom-bombardier.php](http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/10/28/97002-20161028FILWWW00279-l-enorme-contrat-du-rer-ng-pourrait-etre-attribue-a-alstom-bombardier.php)> (consulté le 2 novembre 2016).

### C) Au regard de l'A.E.C.G.

Avec l'A.E.C.G., les contrats similaires à celui d'acquisition des voitures du métro de Montréal seront des marchés couverts. Bien que fictive, dans la mesure où l'A.E.C.G. n'est pas entrée en vigueur et que la portée de l'Accord n'est pas rétroactive, il convient d'étudier la procédure d'acquisition des voitures du métro de Montréal au regard des dispositions de l'A.E.C.G.

Pour déterminer si ce type de contrat sera un marché couvert par l'A.E.C.G., il convient de tenir compte de quatre éléments : le statut juridique de la S.T.M. (1), la nature du marché (2), la valeur estimative du marché, et prendre en compte les éventuelles exceptions au titre des annexes de l'A.E.C.G.

#### 1- Détermination du statut juridique de la S.T.M.

Conformément à la L.S.T.C., la Société de transport de Montréal est une personne morale de droit public. Plus précisément, la S.T.M. est un organisme municipal<sup>342</sup>.

Au regard de l'A.E.C.G., le statut juridique de la S.T.M. se rattache à l'annexe X-02 qui vise tous les ministères et organismes gouvernementaux<sup>343</sup> et tous les organismes parapublics<sup>344</sup> dont fait partie la S.T.M. en tant qu'entité détenue et contrôlée par la municipalité de Montréal.

#### 2- Détermination du type de contrat

---

<sup>342</sup> *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, *supra* note 319 art 3.

<sup>343</sup> L'expression « Organisme public » s'entend de toute entité définie aux alinéas (2) à (4) du premier paragraphe de l'article 4 de la Loi sur les contrats des organismes publics (L.R.Q, c. C-65.1), y compris l'Agence du revenu du Québec, ainsi que des personnes définies au deuxième paragraphe de cet article, à l'exception des organisations et des personnes mentionnées à l'article 5 de la Loi. »

<sup>344</sup> L'expression « Organisme parapublic » s'entend des municipalités, organisations municipales et organes définis aux alinéas (5) et (6) du premier paragraphe de l'article 4 de la Loi sur les contrats des organismes publics, y compris les personnes morales ou autres entités détenues ou contrôlées par un ou plusieurs organismes parapublics.

La nature du contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal relève du champ d'application de l'annexe 19-4 paragraphe 3 relatif aux marchés de véhicules de transport en commun. En effet, il s'agit d'un marché relatif aux véhicules de transport en commun<sup>345</sup>.

Il est également indiqué qu'au moment d'acheter un véhicule de transport en commun, les entités acheteuses des provinces d'Ontario et de Québec peuvent, conformément aux dispositions du présent accord, exiger de façon permanente que le soumissionnaire retenu confie jusqu'à 25 p. 100 de la valeur du marché en sous-traitance au Canada.

La présente note précise toutefois que les entités acheteuses des provinces d'Ontario et de Québec ne doivent pas traiter les soumissionnaires de l'U.E. moins favorablement que ceux du Canada ou d'un autre pays tiers.

La valeur comprend également tous les coûts associés à l'assemblage final du véhicule de transport en commun au Canada. Il reviendra donc au soumissionnaire de déterminer quelle partie du contrat permet de répondre à l'exigence relative de 25 p. 100 de la valeur du marché en sous-traitance au Canada. Il reste que la province de Québec pourra exiger un assemblage final sur le sol canadien.

Est-ce que le montant du contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal atteint les valeurs de seuil fixé par l'A.E.C.G. ?

### 3- Détermination de la valeur des seuils applicables au contrat

L'Annexe 19-4 paragraphe 3 s'applique au contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal dans la mesure où celui-ci est un marché relatif aux véhicules de transport en commun. De même, les dispositions de l'annexe 19-2 définissent la nature d'organisme parapublic de la S.T.M.

L'Annexe 19-2 précise que le seuil pour les produits visés à l'annexe 19-4 est de 200 000 D.T.S.<sup>346</sup>. L'A.E.C.G. précise également quant aux modalités d'évaluation de la valeur d'un

---

<sup>345</sup> Par « véhicule de transport en commun », on entend un tramway, un autobus, un trolleybus, un wagon de métro, une voiture ferroviaire, ou une locomotive pour métro ou réseau ferré utilisé pour le transport public.

marché couvert, qu'une entité contractante doit inclure la valeur totale maximale estimée du marché sur toute sa durée et ne doit pas procéder au fractionnement de celui-ci en marchés distincts par l'emploi d'une méthode d'évaluation particulière.

Or le contrat d'acquisition des voitures du métro de Montréal signé le 22 octobre 2010 a une valeur estimée à 1.2 milliards \$CAN soit un prix unitaire de 2,64 millions \$CAN. Le montant est donc bien supérieur aux seuils définis à l'annexe 19-2.

Par conséquent, ce type de marché sera couvert par l'A.E.C.G. Autrement dit, le gouvernement québécois ne sera plus à même d'octroyer de manière discrétionnaire de tels contrats. Les entités assujetties à l'A.E.C.G. comme la S.T.M. seront tenues de respecter l'ensemble des principes (comme le principe de non-discrimination) et des règles procédurales (comme l'exigence de publication d'un avis de marché) prévus au chapitre 19 de l'A.E.C.G.

Pour autant, peut-on dire que l'A.E.C.G. libéralise de manière complète les marchés relatifs aux matériels de transport en commun ferroviaire urbain entre le Canada et l'U.E.? Il convient de nuancer ce point.

En effet, la S.T.M. sera toujours en capacité d'exiger de la part du soumissionnaire retenu qu'il confie jusqu'à 25 p. 100 de la valeur du marché en sous-traitance au Canada. Il était de 60 p. 100 dans le cadre de l'A.M.P.

*« Au moment d'acheter un véhicule de transport en commun, les entités acheteuses des provinces d'Ontario et de Québec peuvent, conformément aux dispositions du présent accord, exiger que le soumissionnaire retenu confie jusqu'à 25 p. 100 de la valeur du marché en sous-traitance au Canada »<sup>347</sup>.*

---

<sup>346</sup> Les DTS ou droits de tirage spéciaux sont des « actifs de réserve internationaux basés sur un portefeuille de quatre devises internationales importantes (le dollar américain, l'euro, la livre sterling et le yen japonais). Durant l'exercice 2013, le seuil en dollars canadiens est de 312 881 \$CAN pour les biens et services ».

<sup>347</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part, supra note 62 Annexe 19-4 para 3.*



Toutefois, il est indiqué que le gouvernement fédéral ou ceux d'Ontario et de Québec pourront réduire ce pourcentage s'ils le décident à la suite de la conclusion d'un accord international avec un ou plusieurs autres États.

Par ailleurs, l'annexe 19-3 paragraphe 4 prévoit la possibilité pour les provinces d'Ontario et de Québec de se réserver le droit d'exiger « que l'assemblage final ait lieu au Canada ».

*« Assemblage final » signifie :*

*b) pour un train*

*L'assemblage final d'un train comprend l'installation et la connexion des composantes suivantes : système de ventilation, de chauffage et de climatisation, châssis de bogies, suspension, essieux, différentiel, moteurs de propulsion, système de contrôle de la propulsion, système d'alimentation auxiliaire, système de contrôle de freinage, équipement de freinage, compresseurs de frein à air, système de communication, système d'information et télésurveillance intégré ; ainsi qu'inspection et vérification de tous les travaux reliés aux installations et aux interconnexions et tests en poste fixe pour vérification de toutes les fonctions ».*

Il reste malgré l'énonciation de ces réserves au profit des entités acheteuses au Québec et en Ontario, que l'A.E.C.G. constitue un pas important en termes de libéralisation du secteur du transport ferroviaire urbain en faveur des fournisseurs et prestataires de services européens.

## Conclusion

L'A.E.C.G. Canada-Union européenne élargit de manière significative l'offre d'accès aux marchés publics entre le Canada et l'Union européenne et notamment le secteur du transport ferroviaire urbain pour le plus grand bénéfice des entreprises européennes et canadiennes.

Outre leur effet en termes de libéralisation des marchés publics, les A.C.R., à l'image de l'A.E.C.G., contribuent également à façonner un corps de règles homogènes qui s'étend au-delà des Parties à l'A.M.P., et qui de ce fait, participent au phénomène de « multilatéralisation » de la réglementation des marchés publics.

Ainsi, l'A.E.C.G., favoriserait l'harmonisation des normes et des standards en matière de marchés publics pour une plus grande sûreté du marché et l'établissement d'une conscience environnementale accrue.

Pour les fervents défenseurs du libre-échange, cette libéralisation accrue du secteur va s'opérer au profit d'un renforcement de la concurrence entre les opérateurs économiques privés et par conséquent favoriser une réduction des dépenses publiques<sup>348</sup>.

Il reste que les A.C.R. aussi bien que l'A.M.P. ne sont pas des outils suffisants à eux seuls pour favoriser un degré optimal de compétition<sup>349</sup>. La réglementation des États joue à ce titre un rôle complémentaire essentiel afin de mettre en place un cadre ouvert et transparent des marchés publics.

A l'opposé, plusieurs voix s'élèvent pour faire état des nombreux inconvénients liés à la mise en œuvre de l'A.E.C.G. Pour certains, l'A.E.C.G. va entraîner une réduction significative de la marge de manœuvre des provinces en matière de réglementation des marchés publics. A cet

---

<sup>348</sup> Voir Walid Hejazi et Joe Francois, *Evaluation des coûts et avantages d'un partenariat économique plus étroit entre l'Union européenne et le Canada, Étude conjointe entre la Commission européenne et le Gouvernement du Canada*, Affaires étrangères et Commerce international Canada, Direction générale du Commerce de la Commission européenne, en ligne : <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc\\_141034.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_141034.pdf)>.

<sup>349</sup> Robert D Anderson et William E Kovacic, *supra* note 69 à la p 75.

argument, il convient de rappeler que les valeurs de seuil pour les marchés de biens et de services passés par les entités provinciales restent considérablement élevées au regard des valeurs de seuils de l'Accord sur le commerce intérieur<sup>350</sup> par exemple.

De même, il est souvent avancé l'idée selon laquelle l'A.E.C.G. met en place une « logique d'octroi des contrats au plus bas soumissionnaire », empêchant par la même « les autorités publiques à mener à bien leurs objectifs économiques, sociaux et environnementaux »<sup>351</sup>.

En contrepartie l'A.E.C.G. maintient la possibilité en faveur de la majorité des provinces canadiennes de déroger au chapitre 19 de l'A.E.C.G. « dans le but de promouvoir le développement économique régional »<sup>352</sup> sous certaines conditions<sup>353</sup>. De même, un certain nombre de dérogations persistent en faveur des minorités et des petites entreprises<sup>354</sup>.

Finalement, on peut rappeler de manière générale le caractère relativement opaque des négociations qui ont entourées la conclusion de l'A.E.C.G. et qui font état d'un déficit démocratique évident. Il en résulte des interrogations sur le degré d'exigence qui incombe à nos gouvernants en matière de transparence lorsque ces derniers sont chargés de négocier un accord économique et commercial global qui s'adresse à plus de 545 millions de citoyens.

---

<sup>350</sup> David A Collins, *supra* note 227 à la p 9.

<sup>351</sup> Alexandre L Maltais, *Accord économique et commercial global Canada-Europe : quelles conséquences pour le Québec?*, Rapport de Recherche, Institut de recherche en économie contemporaine, 2011 à la p 3.

<sup>352</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part*, *supra* note 58 Annexe 19-7 para 4 Notes générales pour le Canada.

<sup>353</sup> Les provinces mentionnées par l'A.E.C.G. ne pourront mettre en place cette dérogation au maximum dix fois par an et dans le cadre de marchés dont la valeur n'excède pas 1 million \$CAN. Par ailleurs, cette dérogation vise à favoriser les petites entreprises et l'emploi local dans des zones non urbaines et pour lesquels aucun fond fédéral n'a été accordé. Voir David A Collins, *supra* note 227 à la p 11.

<sup>354</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part*, *supra* note 62 Annexe 19-7 para 2.

# Bibliographie

## Accords et traités internationaux

Accord-cadre de coopération commerciale et économique entre le Canada et les Communautés européennes, 1976/35 RTC, 6 juillet 1976.

Accord de coopération entre le gouvernement du Canada et la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM) concernant les utilisations pacifiques de l'énergie atomique, 1959/22 RTC, 6 octobre 1959.

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n°2 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994).

Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 1867, RTNU 3, 15 avril 1994.

Accord entre la Communauté européenne et le Canada sur la coopération douanière et l'assistance mutuelle en matière douanière, (1998) L 007 0038-0045, 21998A0113(03)

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique en matière de marchés publics, 12 février 2010, RT Can 2010/5.

Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 1869 RTNU 219, 15 avril 1994.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 58 RTNU 187, 30 octobre 1947.

Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 1867 RTNU 410, 15 avril 1994.

Accord relatif aux marchés publics, 1235 RTNU 259, 14 avril 1979.

Accord sur les marchés publics, 1915 RTNU 104 (annexe 4b) de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 1867 RTNU 3), ann 1.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 1869 RTNU 332, 15 avril 1994.

Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union (and its member states) of the other part, 1 598

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331.

France et Grande-Bretagne, Traité de commerce, (1860) De Clercq t VIII 1-7

Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE), 25 mars 1957.

## **Règlementations**

### Règlementation européenne

Comité économique et social européen, Avis sur la « Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », 27 avril 2016.

Comité économique et social européen Avis sur « Les entreprises publiques des pays tiers dans les marchés publics de l'UE » (avis d'initiative), 2011/C 218/06, 16 septembre 2010.

Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, 21 mars 2012.

Commission européenne, Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, 29 janvier 2016.

CE, *Décision du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994)*, JO, 94/800/CE, décembre 1994, en ligne : JO <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1994:336:FULL&from=FR>>.

Décision 94/800 du Conseil relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), JO L 336/1, 22 décembre 1994.

Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO L 199/84.

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, 26 février 2014.

Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, 26 février 2014.

Règlement du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 relatif à l'établissement d'une nomenclature commune des unités territoriales statistiques (NUTS), JO L154, 21 juin 2003.

Sommet UE-Canada, IP/07/755, 4 juin 2007.

### Règlementation canadienne

Loi constitutionnelle de 1867 (R.U.), 30&31 Victoria, c 3.

Loi de mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur, LC 1996, c 17.

Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce, LC 1994, c 47.

Loi sur la gestion des finances publiques, LRC 1985, c F-11.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, LRQ c A-21.

Loi sur le ministère des relations internationales, RLRQ c M-2511.

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, LRC 1985, c 47 (4e supp).

Loi sur les contrats des organismes publics, LRQ c C-651.

Loi sur les sociétés de transport en commun, LRQ c S-3001.

PL 116, Loi concernant l'acquisition de voitures pour le métro de Montréal, 1re sess, 39e lég, 2010.

Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics, DORS/1993-602.

### Règlementation américaine

Berry Amendment en 2007, FY2007 National Defense Authorization Act, PL 109-364.

Small Business Act, Pub L No 85-536, § 2(a), 67 Stat 232.

The American Recovery and Reinvestment Act of 2009, Pub L No 111-5, 123 Stat 115.

### Règlementation internationale

Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale, *Procurement in World Bank Investment Project Financing*, (2015) 62, en ligne : <[http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement\\_GLs\\_French\\_Final\\_Jan2011.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement_GLs_French_Final_Jan2011.pdf)>.

Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, Rés AG 49/54, Doc off AG NU, 49e sess, (1995)

Organisation internationale du commerce, Commission intérimaire, Conférence des Nations-Unies sur le commerce et l'emploi tenue à La Havane, Cuba du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948, Acte final et documents connexes, doc E/CONF2/78, avril 1948.

## **Jurisprudence**

A.G.C. c Northrop Grumman, [2009] 3 RCS 309.

## **Monographies**

A. Blank et G. Marceau. « A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO » dans *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, University of Michigan Press, Ann Arbor, B M Hoekman et PC Mavroidis, 1997, 31–55.

Carreau, Dominique et Patrick Juillard. *Droit international économique - 5e éd.: Précis*, 5e édition, Paris, Dalloz, 2013.

David Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : Analyse critique*, coll de la Faculté de droit, Bruxelles : Paris, Bruylant, 2004.

Garcia, Roberto Hernandez, dir. *International Public Procurement: A Guide to Best Practice*, London, Globe Law And Business, 2009.



Joseph E. Stiglitz, Carl E. Walsh et Jean-Dominique Lafay. *Principes d'économie moderne*, De Boeck Université, Bruxelles, 2007.

Matsushita, Mitsuo, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis et Michael Hahn. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, 3rd éd, Oxford University Press, 2015.

Sue Arrowsmith et Robert D Anderson. *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.

### **Articles de revue et d'ouvrages collectifs**

Alexandre L. Maltais. *Accord économique et commercial global Canada-Europe : quelles conséquences pour le Québec?*, Rapport de Recherche, Institut de recherche en économie contemporaine, 2011.

André Sapir. « Le régionalisme et la nouvelle théorie du commerce international sonnent-ils le glas du GATT ? » [1993] 2 *Polit Étrangère* 277–293.

Christian Deblock et David Dagenais. « De l'intégration à l'interconnexion : Le Partenariat transpacifique » (2016) 55 *Rev Interv Économiques*.

Christopher R. Yukins et Steven L. Schooner. « Incrementalism: Eroding the impediments to a global public procurement market », 38 *Geo J Intl* 529 2007.

David A. Collins, *Canada's sub-central government entities and the Agreement on Government Procurement: past and present*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 175–196.

David A. Collins. « Globalized localism: Canada's government procurement commitments under the CETA » [2015] *J Transnatl Dispute Manag*, en ligne : *Journal of Transnational Dispute Management* <<https://ssrn.com/abstract=2568629>>.

- David Luff. « Matières spécifiques régies par des Accords de commerce plurilatéraux » dans Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : Analyse critique, coll de la Faculté de droit, Bruxelles : Paris, Bruylant, 2004.
- Denis Audet. « Les marchés publics » (2003) 2:3 Rev OCDE Sur Gest Budg 169-219, DOI : 10.1787/budget-v2-art18-fr.
- Georges Fischer. « Accord instituant l'Organisation » (1955) 1 Annu Fr Droit Int 406-423.
- Hilde Caroli Casavola. Public procurement and Globalization, Annual Report - Italy-2013, 3-4, 2013, en ligne : <[www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)>.
- Hilde Caroli Casavola. « The WTO and the EU: Exploring the Relationship Between Public Procurement Regulatory Systems » dans Global Administrative Law and EU Administrative Law, 2011<sup>e</sup> éd, Heidelberg ; New York, Springer, 2011, 293-320.
- Ibrahim Elbeherry. Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, Sciences humaines et sociales, Nice Sophia-Antipolis, 2004, en ligne : <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00412538/document>>.
- Joseph E. Stiglitz, Carl E. Walsh et Jean-Dominique Lafay. « Échanges internationaux et politiques commerciales » dans Principes d'économie moderne, De Boeck Université, Bruxelles, 399-428.
- Julien Burda. « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC: vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral » 2005 18 RQDI No 2 1 - 37, en ligne : (2005) 18 R.Q.D.I. no 2, 1 - 37 <<http://www.sqdi.org/fr/lefficacite-du-mecanisme-de-reglement-des-differends-de-lomc-vers-une-meilleure-previsibilite-du-systeme-commercial-multilateral/>>.
- Michèle Rioux. Dossier économique - Introduction : liens transatlantiques et régionalismes, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, Université du Québec à Montréal, juin 2002.

Patrick A. Messerlin. « Le rôle du GATT et les enjeux de l'Uruguay Round » [1993] 2 Polit Étrangère 255–276.

Pierre Jacquet. « Présentation du dossier : Objectif GATT » [1993] 2 Polit Étrangère 247–254.

Ping Wang. « Accession to the Agreement on Government Procurement: the case of China » dans *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011, 92–116.

Robert D. Anderson et William E. Kovacic. « Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets » (2009) 18:67 *Public Procure Law Rev.*

Robert D. Anderson, William E. Kovacic, et Anna Caroline Muller. « Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance » dans *The WTO regime on Government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.

Robert D. Anderson, Anna Caroline Müller, Kodjo Oseil-Lah, Josefita Pardo de León et Philippe Pelletier. « Government procurement provisions in regional trade agreements: a stepping stone to GPA accession? » dans *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.

Robert D. Anderson et Sue Arrowsmith. « The WTO regime on government: past, present and future » dans *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.

Sue Arrowsmith. « Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the World Trade Organization » (2003) 37:2 *J World Trade* 283–303.

Sue Arrowsmith. « Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement », *International and Comparative Law Quarterly*, éd 47 (1998) 793.

Sue Arrowsmith, J. Linarelli et D. Wallace. « The limits of Legal and Importance of the procurement environment » dans *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, London, Kluwer Law International.

Sungjoon Cho. « Breaking the Barrier Between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism » (2001) 42:2 Harv Int'l L J 419-466.

William E. Kosar. « Public trade law » dans *International business and trade law as applied and interpreted in Canada: cases and materials*, Toronto, Thomson Carswell, 2005.

Yves Nouvel. « L'unité du système commercial multilatéral » (2000) 46 Annu Fr Droit Int 654-670.

## **Conférences**

Organisation internationale du commerce, Commission intérimaire, Conférence des Nations-Unies sur le commerce et l'emploi tenue à La Havane, Cuba du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948, Acte final et documents connexes, doc E/CONF2/78, avril 1948.

Pascal Lamy. Multilateral and bilateral trade agreements: friends or foes? Columbia University, New-York, Annual Memorial Silver Lecture, 31 octobre 2006.

Roberto Rios Herran. *A.E.C.G. et défis mondiaux du libre-échange*, Faculté de droit à l'Université de Montréal, 5 novembre 2014.

## **Rapports**

Europe Economics. *Evaluation of Public Procurement Directives*, Markt/2004/10/D, 2006.

Ministre des Travaux publics et des services gouvernementaux Canada 2015. Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 2015, en ligne : <[www.tcce-citt.gc.ca](http://www.tcce-citt.gc.ca)>.

Ministry of Economy, Trade and Industry of Japon. 2004 Report on the WTO Consistency of Trade Policies by Major Trading Partners, Part II, Chapitre 13 Government

Procurement, 2004, en ligne :  
<<http://www.meti.go.jp/english/report/downloadfiles/2004WTO/2-13GovtProce.pdf>>.

Rapport sur le commerce mondial 2011. Le système commercial multilatéral et les accords commerciaux préférentiels.

Robert D. Anderson, Philippe Pelletier, Kodjo Oseil-Lah et Anna Caroline Müller. Assessing the value of future accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some new data sources, provisional estimates, and an evaluative framework for individual WTO Members considering accession, Staff Working Paper ERSD-2011-15, World Trade Organization, 2011, en ligne :  
<[https://www.wto.org/french/res\\_f/ersd201115\\_f.htm](https://www.wto.org/french/res_f/ersd201115_f.htm)>.

Sue Arrowsmith, Steen Treumer, Jens Fego et Lili Jiang. Public Procurement Regulation : An introduction, The EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation.

### **Documents de l'O.M.C.**

Guatemala - Enquête antidumping concernant le ciment Portland (Plainte du Mexique) (1998), OMC doc WT/DS60/AB/R.

OMC, Comité des marchés publics, Examen des législations nationales d'application - Canada, GPA/51, juin 2001.

OMC, *Déclaration ministérielle, Conférence ministérielle Singapour 1996, 1ère session*, décembre 1996.

OMC, *Decision of the Committee on government procurement on adoption of the text of « The Protocol amending the Agreement on Government Procurement »*, GPA/113, 2 avril 2012.

———, *Etats Unis - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS88/6.

———, *Etats Unis - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS88/5.

———, *Japon-Achat d'un satellite de navigation*, WT/DS73/5.

———, *Rapport du groupe spécial sur la Corée-Mesures affectant les marchés publics*, OMC Doc WT/DS163/R (2000).

OMC, *Rapport Annuel du Groupe de Travail des Règles de l'AGCS au Conseil du Commerce des Services (2009)*, 2 octobre 2009.

Rapport du Comité des marchés publics de l'OMC, *Rapports entre l'Accord du Tokyo Round relatif aux marchés publics et l'Accord de 1994 sur les marchés publics*, Notes du secrétariat, GPA/W/65 du 9 janvier 1998.

World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, *The relationship between services trade and government procurement commitments: insights from relevant WTO agreements and recent RTAs*, 18 novembre 2014, en ligne : <[https://www.wto.org/french/res\\_f/reser\\_f/ersd201421\\_f.htm](https://www.wto.org/french/res_f/reser_f/ersd201421_f.htm)>.

*Accord entre la Communauté européenne et le Canada sur la coopération douanière et l'assistance mutuelle en matière douanière*, (1998) L 007 0038-0045, 21998A0113(03), en ligne : L 007 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1400750782190&uri=CELEX:21998A0113%2803%29>> (consulté le 7 mai 2016).

*Règlement du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 relatif à l'établissement d'une nomenclature commune des unités territoriales statistiques (NUTS)*, JO L154, 21 juin 2003.

*Avis du Comité économique et social européen sur « Les entreprises publiques des pays tiers dans les marchés publics de l'UE » (avis d'initiative)*, 2011/C 218/06, 16 septembre 2010, en ligne : 2011/C 218/06 <[eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52011IE0807](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52011IE0807)>.

*Avis du Comité économique et social européen sur « Les entreprises publiques des pays tiers dans les marchés publics de l'UE » (avis d'initiative), 2011/C 218/06, 23 juillet 2011.*

*Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, février 2014.*

*Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, 26 février 2014.*

*Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, 26 février 2014.*

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des Etats-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n°2 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994).*

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des Etats-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n°2 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994).*

*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique en matière de marchés publics, 12 février 2010, RT Can 2010/5.*

*Accord sur les marchés publics, 1915 RTNU 104 (annexe 4b) de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 1867 RTNU 3), ann 1.*

*Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.*

*Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, JO L 199/84.

*Organisation internationale du commerce, Commission intérimaire, Conférence des Nations-Unies sur le commerce et l'emploi tenue à La Havane, Cuba du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948 - Acte final et documents connexes, doc. E/CONF.2/78 (avril 1948), p.5, « Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce ».*

*Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/1993-602.

Arrowsmith, Sue et Robert D Anderson. *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.

Carreau, Dominique et Patrick Juillard. *Droit international économique - 5e éd.: Précis*, 5e édition, Paris, Dalloz, 2013.

Garcia, Roberto Hernandez, dir. *International Public Procurement: A Guide to Best Practice*, London, Globe Law And Business, 2009.

Ibrahim Elbeherry. *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*, Sciences humaines et sociales, Nice Sophia-Antipolis, 2004, en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00412538/document>.

Joseph E. Stiglitz, Carl E. Walsh et Jean-Dominique Lafay. *Principes d'économie moderne*, De Boeck Université, Bruxelles, 2007.

Matsushita, Mitsuo, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis et Michael Hahn. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, 3rd éd, Oxford University Press, 2015.



- A. Blank et G. Marceau. « A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO » dans *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, University of Michigan Press, Ann Arbor, B M Hoekman et PC Mavroidis, 1997, 31-55.
- André Sapir. « Le régionalisme et la nouvelle théorie du commerce international sonnent-ils le glas du GATT ? » [1993] 2 *Polit Étrangère* 277-293.
- Arrowsmith, Sue. « Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the World Trade Organization » (2003) 37:2 *J World Trade* 283-303.
- Christian Deblock et David Dagenais. « De l'intégration à l'interconnexion : Le Partenariat transpacifique » (2016) 55 *Rev Interv Économiques*.
- Christopher R. Yukins et Steven L. Schooner. « Incrementalism: Eroding the impediments to a global public procurement market », 38 *Geo J Intl* 529 2007.
- David A. Collins. « Globalized localism: Canada's government procurement commitments under the CETA » [2015] *J Transnatl Dispute Manag*, en ligne : *Journal of Transnational Dispute Management* <<https://ssrn.com/abstract=2568629>>.
- David Luff. « Matières spécifiques régies par des Accords de commerce plurilatéraux » dans *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : Analyse critique*, coll de la Faculté de droit, Bruxelles : Paris, Bruylant, 2004.
- Denis Audet. « Les marchés publics » (2003) 2:3 *Rev OCDE Sur Gest Budg* 169-219, DOI : 10.1787/budget-v2-art18-fr.
- Georges Fischer. « Accord instituant l'Organisation » (1955) 1 *Annu Fr Droit Int* 406-423.

Hilde Caroli Casavola. « The WTO and the EU: Exploring the Relationship Between Public Procurement Regulatory Systems » dans *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, 2011<sup>e</sup> éd, Heidelberg ; New York, Springer, 2011, 293-320.

Joseph E. Stiglitz, Carl E. Walsh et Jean-Dominique Lafay. « Echanges internationaux et politiques commerciales » dans *Principes d'économie moderne*, De Boeck Université, Bruxelles, 399-428.

Julien Burda. « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC: vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral » 2005 18 RQDI No 2 1 - 37, en ligne : (2005) 18 R.Q.D.I. no 2, 1 - 37 <<http://www.sqdi.org/fr/lefficacite-du-mecanisme-de-reglement-des-differends-de-lomc-vers-une-meilleure-previsibilite-du-systeme-commercial-multilateral/>>.

Keisuke Lida. « Is WTO dispute settlement effective ? » 10(2) Glob Gov 207-225.

Michel Fouquin et Jules Hugot. « La régionalisation, moteur de la mondialisation » (2016) 365 Lett CEPII 4.

Patrick A. Messerlin. « Le rôle du GATT et les enjeux de l'Uruguay Round » [1993] 2 Polit Étrangère 255-276.

Pierre Jacquet. « Présentation du dossier : Objectif GATT » [1993] 2 Polit Étrangère 247-254.

Ping Wang. « Accession to the Agreement on Government Procurement: the case of China » dans *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011, 92-116.

Robert D. Anderson, Anna Caroline Müller, Kodjo Oseil-Lah, Josefita Pardo de León et Philippe Pelletier. « Government procurement provisions in regional trade agreements: a stepping stone to GPA accession ? » dans *The WTO Regime on Government*

*Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011, 561-656.

Robert D. Anderson et Sue Arrowsmith. « The WTO regime on government: past, present and future » dans *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.

Robert D. Anderson et William E. Kovacic. « Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets » (2009) 18:67 *Public Procure Law Rev.*

Robert D. Anderson, William E. Kovacic et Anna Caroline Muller. « Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance » dans *The WTO regime on Government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.

S. Arrowsmith, J. Linarelli et D. Wallace. « The limits of Legal and Importance of the procurement environment » dans *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, London, Kluwer Law International.

Sungjoon Cho. « Breaking the Barrier Between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism » (2001) 42:2 *Harv Int'l L J* 419-466.

Thierry Mayer. « Brexit, Trumpit : La fin des accords régionaux ? Conséquences pour l'industrie automobile » (2016) 371 *Lett CEPII* 4.

William E. Kosar. « Public trade law » dans *International business and trade law as applied and interpreted in Canada: cases and materials*, Toronto, Thomson Carswell, 2005.

Yves Nouvel. « L'unité du système commercial multilatéral » (2000) 46 *Annu Fr Droit Int* 654-670.

*Canada's sub-central government entities and the Agreement on Government Procurement: past and present*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 175-196.

Alexandre L. Maltais. *Accord économique et commercial global Canada-Europe : quelles conséquences pour le Québec?*, Rapport de Recherche, Institut de recherche en économie contemporaine, 2011.

Ambassador Ron Kirk. « Applauds Taiwan's Accession to the WTO Agreement on Government Procurement », en ligne : Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2009/july>>.

Commission européenne. « EU-Canada - Accord économique et commercial global (AECG) », en ligne : <[http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm)> (consulté le 2 novembre 2016).

Europe Economics. *Evaluation of Public Procurement Directives*, Markt/2004/10/D, 2006.

Hilde Caroli Casavola. *Public procurement and Globalization, Annual Report - Italy-2013*, 3-4, 2013, en ligne : <[www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)>.

Jeanne Corriveau. « CAF veut être traité équitablement par la STM », *Le Devoir* (26 mars 2010).

Le Monde.fr. « L'avenir incertain du CETA après la signature du traité » (30 octobre 2016), en ligne : <[http://mobile.lemonde.fr/economie-mondiale/article/2016/10/30/le-ceta-traite-de-libre-echange-entre-l-union-europeenne-et-le-canada-a-ete-signe-a-bruxelles\\_5022713\\_1656941.html?xtref=>](http://mobile.lemonde.fr/economie-mondiale/article/2016/10/30/le-ceta-traite-de-libre-echange-entre-l-union-europeenne-et-le-canada-a-ete-signe-a-bruxelles_5022713_1656941.html?xtref=>)>.

Michèle Rioux. *Dossier économique - Introduction : liens transatlantiques et régionalismes*, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, Université du Québec à Montréal, Juin 2002.

Ministère des finances et des comptes publics, Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique,. « « Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada-Questions et réponses » », en ligne : Trésor Direction générale <[http://www.tresor.economie.gouv.fr/10864\\_AECG-CETA-questions-reponses](http://www.tresor.economie.gouv.fr/10864_AECG-CETA-questions-reponses)>.

Ministre des Travaux publics et des services gouvernementaux Canada 2015. *Rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31 mars 2015*, en ligne : <[www.tc.gc.ca](http://www.tc.gc.ca)>.

Ministry of Economy, Trade and Industry of Japon. *2004 Report on the WTO Consistency of Trade Policies by Major Trading Partners*, Part II, Chapitre 13 Government Procurement, 2004, en ligne : <<http://www.meti.go.jp/english/report/downloadfiles/2004WTO/2-13GovtProce.pdf>>.

O.M.C. « Conférence ministérielle, Notes d'information : L'Accord sur les marchés publics (AMP) », en ligne : <[https://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/min11\\_f/brief\\_gpa\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min11_f/brief_gpa_f.htm)>.

Organisation de coopération et de développement économique. « Une coopération pour le développement efficace » (2016), en ligne : <<http://www1.oecd.org/fr/cad/efficacite/>>.

Organisation Mondiale du Commerce, OMC 20 ans. *Accord sur les marchés publics: Ouvrir les marchés et promouvoir la bonne gouvernance*.

Pascal Lamy. *Multilateral and bilateral trade agreements: friends or foes?*, Columbia University, New-York, Annual Memorial Silver Lecture, 31 octobre 2006.

Rapport sur le commerce mondial 2011. *Le système commercial multilatéral et les accords commerciaux préférentiels*.

Rapport sur le commerce mondial, 2011. *Le système commercial multilatéral et les accords commerciaux préférentiels*.

Robert D. Anderson, Philippe Pelletier, Kodjo Oseil-Lah et Anna Caroline Müller. *Assessing the value of future accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some new data sources, provisional estimates, and an evaluative framework for individual WTO Members considering accession*, Staff Working Paper ERSD-2011-15, World Trade Organization, 2011, en ligne : [https://www.wto.org/french/res\\_f/ersd201115\\_f.htm](https://www.wto.org/french/res_f/ersd201115_f.htm).

Sue Arrowsmith. « Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement », *International and Comparative Law Quarterly*, éd 47 (1998) 793-816.

Sue Arrowsmith, Steen Treumer, Jens Fego et Lili Jiang. *Public Procurement Regulation : An introduction*, The EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation.

Walid Hejazi et Joe Francois. *Evaluation des coûts et avantages d'un partenariat économique plus étroit entre l'Union européenne et le Canada, Etude conjointe entre la Commission européenne et le Gouvernement du Canada*, Affaires étrangères et Commerce international Canada, Direction générale du Commerce de la Commission européenne, en ligne : [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc\\_141034.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_141034.pdf).

« Accord de libre-échange Canada - Chili » (14 mai 2002), en ligne : Gouvernement du Canada, Affaires étrangères <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/index.aspx?lang=fra> (consulté le 4 mai 2016).

« Accord de libre échange Canada - Pérou » (23 novembre 2007), en ligne : Gouvernement du Canada, Affaires étrangères <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/index.aspx?lang=fra&view=d>> (consulté le 4 mai 2016).

« Answer given by Mr McCreevy on behalf of the Commission, Parliamentary questions » (21 septembre 2009), en ligne : Parlement européen <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2009-3996&language=FR>>.

« Commission européenne - Communiqué de presse : La Commission européenne améliore l'accès des entreprises européennes aux marchés publics internationaux » (21 mars 2012), en ligne : Commission européenne <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-268\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-268_fr.htm)>.

« Marchés publics - Accession de l'Ukraine à l'Accord de l'OMC sur les marchés publics » (11 novembre 2015), en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/news\\_f/news15\\_f/gpro\\_11nov15\\_f.htm](https://www.wto.org/french/news_f/news15_f/gpro_11nov15_f.htm)>.

« La Banque mondiale introduit un nouveau Cadre de passation des marchés qui favorisera le renforcement des systèmes nationaux de commande publique » (juin 2016), en ligne : La Banque Mondiale <<http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2016/06/30/new-world-bank-procurement-framework-promotes-strengthened-national-procurement-systems>>.

« L'Union européenne et l'Organisation mondiale du commerce » (2016), en ligne : Parlement européen <<http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftuId=index.html>>.

« Marchés publics - Les Parties se félicitent des progrès accomplis dans les négociations relatives à l'accession de l'Australie, du Tadjikistan et de la République kirghize à

- l'AMP » (février 2016), en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/news\\_f/news16\\_f/gpro\\_17feb16\\_f.htm](https://www.wto.org/french/news_f/news16_f/gpro_17feb16_f.htm)>.
- « Médiation des marchés publics » (2016), en ligne : Le portail de l'Economie et des Finances <<http://www.economie.gouv.fr/mediation-des-marches-publics/guide-osez-commande-publique>>.
- « La Commission européenne prend des mesures pour ouvrir les marchés publics internationaux » (29 janvier 2016), en ligne : Commission européenne <[europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-178\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-178_fr.htm)>.
- « La Commission européenne propose la signature et la conclusion d'un accord commercial entre l'UE et le Canada » (5 juillet 2016), en ligne : Commission européenne - Base de données des communiqués de presse <[europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2371\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_fr.htm)>.
- « A la une: Le commerce pour tous - Nouvelle stratégie de l'UE en matière de commerce et d'investissement », en ligne : Commission européenne <[ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/new-trade-strategy/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/new-trade-strategy/index_fr.htm)>.
- « Alstom-Bombardier pressenti pour le RER NG », en ligne : Le Figaro.fr <[www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/10/28/97002-20161028FILWWW00279-l-enorme-contrat-du-rer-ng-pourrait-etre-attribue-a-alstom-bombardier.php](http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/10/28/97002-20161028FILWWW00279-l-enorme-contrat-du-rer-ng-pourrait-etre-attribue-a-alstom-bombardier.php)> (consulté le 2 novembre 2016).
- « Appel d'offres - Le consortium Alstom-Bombardier seul en lice pour les futurs RER », en ligne : Libération <[www.liberation.fr/futurs/2016/11/01/le-consortium-alstom-bombardier-seul-en-lice-pour-les-futurs-rer\\_15](http://www.liberation.fr/futurs/2016/11/01/le-consortium-alstom-bombardier-seul-en-lice-pour-les-futurs-rer_15)> (consulté le 2 novembre 2016).
- « Chapter II Products and Services Covered by the Government Procurement Survey », en ligne : Prime Minister of Japan and His Cabinet <<http://japan.kantei.go.jp/>>.



« Déclaration politique et Plan d'action commun Canada-l'Union Européenne 1996 », en ligne : Gouvernement du Canada <[http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce\\_international/joint\\_political-politique\\_conjointe.aspx?lang=fra](http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce_international/joint_political-politique_conjointe.aspx?lang=fra)> (consulté le 4 mai 2016).

« Déclaration sur les relations transatlantiques Canada-Communauté européenne (1990) », en ligne : Gouvernement du Canada <[http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce\\_international/transatlantic-transatlantique.aspx?lang=fra](http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce_international/transatlantic-transatlantique.aspx?lang=fra)> (consulté le 7 mai 2016).

« Europe 2020 », en ligne : Commission européenne <[ec.europa.eu/europe2020/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm)> (consulté le 2 novembre 2016).

« Evaluation des coûts et avantages d'un partenariat économique plus étroit entre l'Union européenne et le Canada », en ligne : Gouvernement du Canada, Affaires mondiales Canada <[www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/study-etude.aspx?lang=fr](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/study-etude.aspx?lang=fr)> (consulté le 7 novembre 2016).

« L'Accord sur les marchés publics - Parties, observateurs et accessions », en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/memobs\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm)>.

« Marchés publics - L'Accord sur les marchés publics », en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gp\\_gpa\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm)>.

« Marchés publics: Groupe de travail de la transparence - Groupe de travail de la transparence des pratiques de passation des marchés », en ligne : Organisation mondiale du commerce <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gptran\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gptran_f.htm)>.

« Règles et procédures - EUROPA - L'Europe est à vous - Entreprises », en ligne :  
<[http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_fr.htm)>  
(consulté le 23 mai 2016).

« Statistics on Procurement », en ligne : Marcan <<http://www.marcan.net/statistics-on-procurement/>>.

« Ted- tenders electronic daily - Supplement to the Official Journal of the EU », en ligne :  
Europa <[ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do](http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do)> (consulté le 25 octobre 2016).

« Texte final de l'Accord économique et commercial global (2016) », en ligne :  
Gouvernement du Canada <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra)>  
(consulté le 7 novembre 2016).

« Trade -Public procurement », en ligne : European Commission  
<[http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/index_en.htm)> (consulté le 8 novembre 2016).

## **Sites institutionnels**

Site Affaires mondiales Canada : [www.international.gc.ca/](http://www.international.gc.ca/)

Site de la Commission européenne : <http://ec.europa.eu/>

Site de l'Union européenne : <http://europa.eu/>

Site du Supplément au Journal Officiel de l'Union européenne : <http://ted.europa.eu/>

Site du Trésor, direction générale : <http://www.tresor.economie.gouv.fr/>

Site Marchés Canada : <http://www.marcan.net/>

Site de la Banque Mondiale : <http://www.banquemondiale.org/>

Site de l'Organisation mondiale du commerce : <https://www.wto.org/>

Site du Parlement européen : <http://www.europarl.europa.eu/>

Site du Portail de l'Economie et des finances : <http://www.economie.gouv.fr/>

Site du Portail international du Canada : <http://www.canadainternational.gc.ca/>

Site du Premier ministre japonais : <http://japan.kantei.go.jp/>

Site de l'OCDE : <http://www1.oecd.org/>

### **Sites journalistiques**

[www.lefigaro.fr/](http://www.lefigaro.fr/)

[www.liberation.fr/](http://www.liberation.fr/)

[www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr)

[www.ledevoir.com](http://www.ledevoir.com)



